

# APUNTES SOBRE LA HUELGA

OSCAR ERMIDA URIARTE



**Apuntes sobre la huelga**  
**(versión universitario-estudiantil).**

Martín Ermida Fernández<sup>1</sup>.

**PRESENTACIÓN.**

“Apuntes sobre la huelga”, del Prof. Dr. Oscar Ermida Uriarte<sup>2</sup>, fue editado por primera vez, por la “Fundación de Cultura Universitaria”, en 1983 (como N° 22 de la “Colección JVS”), agotándose tempranamente.

El ensayo, constaba de cinco capítulos, a través de los cuales se abordaban los siguientes tópicos: i). la huelga como autotutela; ii). el derecho de huelga en la Constitución; iii). la reglamentación del derecho de huelga; iv). el hecho de la huelga; y v). el derecho de huelga en el Uruguay.

Aquel primer trabajo (ensayo de 1983), era una versión de las clases del curso de Derecho Laboral que en aquellos años dictara el Prof. Dr. Oscar Ermida Uriarte. Versión corregida por éste, y preparada por Gervasio Muñoz, Carlos Mata y Jorge Mascheroni.

A pesar del tiempo transcurrido, el pequeño libro siguió siendo reclamado por los lectores y recomendado por los profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (de la Facultad de Derecho, de la Universidad de la República), por lo que su segunda edición fue necesaria.

Así es que, en 1996, aparece la segunda edición de “Apuntes sobre la huelga” (también editada por FCU). Ocasión en la que se aprovechó para agregarle (a continuación de los cinco capítulos originales) tres trabajos más, que pasarían a integrar el ensayo: i). el derecho vigente en materia de huelga luego de la anulación de las leyes del régimen de facto<sup>3</sup> ; ii). la huelga en el derecho internacional y comparado del trabajo<sup>4</sup> ; y iii). la huelga y la solución de conflictos colectivos en los servicios esenciales<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Procurador y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay).

<sup>3</sup> Este primer agregado al ensayo original se trataba de un artículo redactado en coautoría con el Dr. Juan Raso Delgue, y originariamente publicado en la rev. Derecho Laboral N° 137, Tomo XXVIII, 1985, Montevideo.

<sup>4</sup> El segundo de los trabajos incorporados al ensayo original, se trataba de una reconstrucción de la conferencia dictada por el Prof. Dr. Oscar Ermida Uriarte, en Montevideo el día 21.07.1990, en el seminario sobre “El movimiento sindical ante el derecho de huelga”, organizado por el PIT-CNT y con el auspicio de la OIT. Publicado originariamente en la rev. Derecho Laboral N° 160, Tomo XXXIII, 1990, Montevideo.

<sup>5</sup> El tercero de los trabajos incorporados al ensayo original, se trataba de una versión actualizada de los análogos publicados en la “Revista do Tribunal Regional do Trabalho”, Brasilia 1988, y “El Derecho de

Luego, sobrevino “La flexibilización de la huelga”<sup>6</sup>, libro autónomo, pero que vino a completar los “Apuntes...”.

Sobre fines del 2011, tras el fallecimiento del Maestro (acaecido el 07.06.2011), la Fundación de Cultura Universitaria, nos contactó a los efectos de saber si estaríamos dispuestos a asumir la tarea de una actualización de “Apuntes sobre la huelga” y de “Sindicatos en libertad sindical”.

La primera respuesta fue negativa. Ello por cuanto nos costaba intervenir e incluso correr el riesgo de apropiarnos de la obra de OEU.

Luego, fuimos revisando aquella posición, pues en última instancia, colaborar a mantener su legado vigente, es el mayor de los tributos u homenajes, que podemos rendirle, sobretodo, académicamente. Entonces, nos dimos cuenta que no era necesario apropiarse (indebidamente) de la obra del padre, sino que podíamos intentar actualizarla. Actualización que supondrá sólo y exclusivamente, la menor de las intervenciones posibles. Y ello por cuanto los conceptos centrales -e incluso muchos de los derivados o tangenciales- siguen incólumes, pese al transcurso del tiempo.

Por otro lado, y en última instancia, por nuestra parte, no podemos rendir mayor homenaje que mantener actualizado, vivo, vigente, el legado de OEU.

Habiendo consultado a su gran Amigo, el Dr. Prof. Jorge Rosenbaum Rímolo, nos recomendaba mantener la estructura de la 2ª edición. Agregándole, simplemente, y como un capítulo más y al final, el texto de “La flexibilización de la huelga”. Para luego, en notas a pie de página, proceder a las actualizaciones. Se trató de un consejo cierto, y quizás el más recomendable. Empero, no pudimos cernirnos al mismo de forma estricta. Y ello, por cuanto OEU no había procedido a una nueva edición de los “Apuntes sobre la huelga”, por el trabajo que ello implicaba. Es que, en realidad, para hacer una nueva edición, “hay que hacerla en serio” (sic). Ésa era su forma de pensar, de trabajar, de desenvolverse en la vida: “para hacer algo, lo que sea, hay que hacerlo bien; sino, mejor, dejar que otro lo haga” (sic).

Esa filosofía es la que terminamos adoptando, pues en el transcurrir del trabajo, con el norte marcado por el amigo de papá, nos dimos cuenta que estábamos faltando a su filosofía de vida y a su forma de proceder, incluso académicamente. De tal forma que, nos vimos obligados a desatender el consejo de Jorge, y a reenfocar la forma de trabajar sobre la 3ª edición de “Apuntes...”, la que vio la luz editorial en julio del 2012, a través de la editorial FCU.

**Es en base esta 3ª edición, que procedemos a presentar el trabajo que sigue, el que constituye un breviario de aquella. Cabe dejar manifiesto desde ya, que esta versión estudiantil-universitaria, no sustituye a la obra original -en ninguna de sus ediciones-.**

La razón de permitirnos esta versión breviaria y académica, reposa en el hecho que, para el Maestro, el conocimiento debía ser público, y brindado sin retaceos. Sólo así podía

<sup>6</sup> Ermida Uriarte, Oscar “La flexibilización de la huelga”, de la colección “Cuadernos de Fundación N° 2”; ed. FCU, 1999, Montevideo.

alimentarse la crítica, repensándose el Derecho del Trabajo, de forma continua. Sólo de esa manera, además, se permitía que el estudiante formara las herramientas necesarias. En última instancia, reposa en el hecho que el Profesor siempre se brindó a la vida académica. A tal punto que si se nos obligara a recordarlo sin alguna de sus características, la que no podría faltar, es justamente, la académica. Es que él, se presentaba como Docente, luego recordaba que además, era abogado.

M.E.F, setiembre 2012.

# I

## LA HUELGA COMO AUTOTUTELA

### 1. El concepto de autotutela

El concepto de autotutela es una de las nociones básicas del derecho del trabajo, y más específicamente del derecho colectivo de trabajo. Consiste, en lo esencial, en la acción de los propios trabajadores tendiente a la protección de sus derechos e intereses, sea para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes, sea para obtener un progreso en el nivel de protección actual. Se vincula, también, con la noción de autonomía colectiva, según la cual, en las sociedades pluralistas, determinados grupos sociales poseen el poder de crear, dentro de ciertos límites, sus propias normas. Y constituye, finalmente, una consecuencia necesaria e inescindible de la libertad sindical, en cuanto típica actividad gremial indispensable para su vigencia real.

En este marco, *la huelga consiste en un instituto típico del derecho colectivo que procura efectivizar, precisamente, la autotutela laboral y la libertad sindical*. En este sentido, el derecho colectivo laboral tiene una estructura triangular, cuyos tres aspectos esenciales son el sindicato, la negociación colectiva y la huelga. La inexistencia o defectuosidad de cualquiera de estos tres pilares determina el mal funcionamiento del Derecho colectivo del trabajo, y, consecuentemente, el cumplimiento insuficiente o el incumplimiento de la función de autotutela.

*La huelga pues, en cuanto recusación colectiva de trabajo con una finalidad de reclamo o protesta en protección de intereses o derechos de los trabajadores, es un instituto de autotutela colectiva, y un instrumento de la libertad sindical.*

### 2. Etimología de la palabra “huelga”

Algunos de los caracteres de la huelga, tales como su condición de hecho colectivo y reivindicativo o de protesta, se aprecian en la propia etimología de la expresión que le identifica, cargada de una importante connotación histórica.

En nuestro idioma, gramaticalmente, “huelga” tanto es el “paro colectivo en el trabajo de personas empleadas en el mismo oficio, impuesto por ellas mismas, para lograr algún fin social, económico o subversivo”, como “espacio de tiempo en que uno está sin trabajar”, o aún, “recreación, diversión”.

### 3. Evolución histórica de la huelga

La evolución histórica de la huelga, ha pasado por las siguientes etapas: 1) la huelga como delito, 2) la huelga como ilícito civil, 3) la huelga como derecho individual, y 4) la huelga como derecho colectivo.

Una sistematización diferente, pero no incompatible, es la efectuada por Octavio Bueno Magano, quien señala que el análisis histórico-jurídico de la huelga, revela que ésta ha pasado por tres grandes etapas, a saber: 1) la de su calificación como delito, 2) la de su mera permisividad, período en el cual se la reconoce como una libertad del individuo, y 3) la de su expreso reconocimiento como derecho, en algunos casos, a nivel constitucional.

#### 4. Naturaleza jurídica de la huelga

Culminada esta evolución, en que la huelga se reconoce como derecho, es claro que la huelga se conforma como un instituto de autotutela, de autoprotección colectiva.

De Buen habla de la función equilibradora de la huelga, que es una manera distinta de hablar de la autotutela. Dice que tanto el sindicato, como el convenio colectivo, como la huelga, tienen la finalidad de constituir un determinado poder que tiende a reequilibrar las fuerzas de las partes sociales.

Es decir, que *la huelga consiste en la abstención colectiva de trabajar*, como forma de equiparar de cierta manera, el poder que naturalmente, desde el punto de vista económico y social, tiene el empresario, para provocar alguna mejora que se procura, o alguna negociación a la que se quiere llegar, etc.

Esto se vincula con una determinada concepción de la huelga y del conflicto social. Obsérvese que determinado sector de la doctrina hable de “función equiparadora de la huelga”; y obsérvese qué distinto es a plantearlo como una forma de violencia privada, o de violencia tolerada, o legitimada por el derecho.

En esta concepción se parte de la idea que el conflicto, el enfrentamiento, es natural a la sociedad. Pueden haber dos grandes formas de ver a la sociedad global. La sociedad global es percibida como un todo orgánico y lineal, en el cual cualquier conflicto es interpretado como una situación anormal, y que por consiguiente debe desaparecer, por lo cual la función del Derecho sería la de evitar conflictos o tratar de eliminarlos rápidamente una vez que surjan. En otra visión más compleja, más dinámica, más dialéctica de la sociedad, se entiende que el conflicto es natural. Por lo tanto, en esta segunda visión de la sociedad, el conflicto social ya no se ve como algo patológico, sino como algo normal.

Y sucede entonces que algunos conflictos son funcionales: pueden tener una función necesaria dentro de la sociedad. Por ejemplo, restablecer, como dice De Buen respecto de la huelga, un equilibrio alterado.

Esta visión de que el conflicto en sí puede ser funcional, viene justamente a derivar de esta idea de que, en definitiva, el conflicto es normal, o es relativamente normal en una sociedad pluralista, en una sociedad integrada por grupos sociales distintos.

*La huelga hoy se define básicamente como un hecho colectivo, donde si bien puede ser ejercida -y de hecho es ejercida- por cada trabajador individualmente considerado en su lugar de trabajo, tiene -en la esencia de su definición- una connotación colectiva, que no posee la excepción de contrato no cumplido.*

*Ni el sindicato, ni el convenio colectivo, ni la huelga, pueden explicarse plenamente con las categorías y los conceptos tradicionales de Derecho público o de Derecho civil.*

## 5. Trivalencia de la huelga

En realidad, la huelga es -o puede ser- cualquiera de esas tres cosas, y aún las tres a la vez: un medio de acción sindical o gremial, un conflicto colectivo de trabajo, y una forma de solucionar el conflicto.

En efecto: antes del conflicto -y debe aclararse que hablar de antes, durante, y después, es abstracto, porque muchas veces se da todo al mismo tiempo- la huelga es un medio de acción del sindicato o del gremio, de la colectividad de trabajadores. Un medio más, como otros medios de acción, como pueden ser hacer un desfile, una manifestación, presentar un petitorio ante la empresa o ante las autoridades públicas; *es un medio de acción sindical o gremial*; es un instrumento a través del cual puede actuar la colectividad de trabajadores y el sindicato.

Pero al mismo tiempo, una vez desencadenada, la huelga es un conflicto. La huelga *es el típico conflicto colectivo de trabajo*. El más típico de todos, y el más grave; puede haber muchos otros conflictos, pero cuando hablamos de conflictos del trabajo, casi siempre estamos hablando de huelga; ella es, sin duda, un conflicto colectivo, el principal de los conflictos colectivos.

Y aquí se plantea, entonces, la otra distinción: ¿es un conflicto o es una forma de solucionar el conflicto? Quienes sostienen que la huelga no es un conflicto sino un medio de solución de conflictos, dicen que, al desencadenarse la huelga, la controversia ya existía; se hace huelga para solucionar el problema que ya se había creado. En definitiva, nos parece que es cierta la afirmación de quienes creen que *la huelga es, a un mismo tiempo, el conflicto de trabajo y una de las formas de solucionarlo*. La huelga es un conflicto que encierra la pretensión de ser, también, el medio de solución del propio conflicto. Así, un autor peruano, Mario Pasco Cosmópolis, dice que la huelga es la exacerbación del conflicto como forma de solucionarlo. Es decir, *es una forma unilateral de solucionar el conflicto que implica imponer la propia solución a la contraparte*. Si esto no se logra, el conflicto se solucionará de otra manera, ya sea porque la huelga se pierde y se impone la voluntad de la contraparte, o ya sea porque se logra algún tipo de acuerdo vía convenio colectivo, mediación, conciliación, arbitraje, etc.

O sea que, en definitiva, *la huelga tendría esa trivalencia de ser un medio de acción sindical o gremial, el principal de los conflictos colectivos del trabajo y, al mismo tiempo, uno de los medios de solución del conflicto colectivo*.

Corresponde constatar que en la actualidad la huelga está reconocida como derecho subjetivo en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Más aún, generalmente tiene rango constitucional y se la considera uno de los derechos fundamentales.

## II EL DERECHO DE HUELGA EN LA CONSTITUCIÓN

### 1. El artículo 57 de la Constitución

Tenemos una disposición constitucional, el artículo 57, que establece en uno de sus párrafos: “Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad”.

Este artículo constitucional requiere que nos detengamos en tres aspectos: 1) la caracterización de la huelga como “derecho gremial”, 2) la declaración de la existencia del derecho de huelga y no su creación, y 3) la reglamentación legal.

### 2. “Derecho gremial”

Al declarar que la huelga es un derecho gremial, nuestra Constitución se separa claramente de otros textos, en los que al contrario, claramente se dice el titular del derecho de huelga es el sindicato. En estos regímenes sólo puede declarar la huelga el sindicato; el conjunto de trabajadores inorgánico, no sindicalizado, no puede jurídicamente, declarar una huelga, así sea la unanimidad en una empresa, o la unanimidad en un sector laboral.

En nuestra Constitución no se da esta titularidad al sindicato sino que se le da al gremio. Pero, ¿que es el gremio? Aparentemente gremio es el conjunto de trabajadores que tiene una cierta unidad profesional. El gremio puede ser el personal de una empresa, el gremio puede ser el conjunto de los trabajadores que ejercen un mismo oficio o profesión (por ejemplo, el conjunto de los albañiles del país o de la zona), o puede ser el conjunto de trabajadores de una industria.

La titularidad del ejercicio del derecho de huelga está concedida a la colectividad laboral. Lo que no está tan claro es que el sindicato no tenga titularidad para declarar la huelga. Porque en definitiva, en cuanto el sindicato es representativo del gremio, que la declare el sindicato es de alguna manera equivalente a que la declare el gremio. En cambio, sí es clara la legalidad de la huelga ejercida por la colectividad laboral, a pesar de una decisión sindical en contrario.

En nuestro derecho, la “huelga salvaje”, es decir, la ejercida por el conjunto de los trabajadores en contra de una decisión sindical de no hacer huelga, es perfectamente lícita, a diferencia de lo que sucede en los regímenes que consideran a la huelga como un derecho del sindicato. En nuestro derecho, en caso de oposición entre una declaración del sindicato y la actitud o declaración de conjunto de los trabajadores, el texto constitucional puede hacer prevalecer la opinión o la actitud del conjunto de trabajadores, de la colectividad de los trabajadores o sea que, en nuestro derecho, de acuerdo al artículo 57 de la Constitución, y por el uso de la expresión “derecho gremial”, el titular del ejercicio del derecho de huelga



es la colectividad de trabajadores, el gremio, entendido como el grupo profesional inorgánico.

Pero corresponde aclarar bien que la función fundamental de este artículo, no es la de desplazar al sindicato, sino la de establecer que pueden ejercer el derecho de huelga todos los gremios, aunque no estén sindicalizados.

Otro problema es el de determinar si es preferible atribuir la titularidad del ejercicio del derecho de huelga al sindicato o al gremio.

En principio, la solución del artículo 57 de la Constitución nacional sería doctrinalmente correcta, en la interpretación que hemos venido manejando de la expresión “derecho gremial”.

La mayor parte de la doctrina entiende que el titular del derecho de huelga es el individuo o la colectividad laboral, o las dos cosas (la colectividad laboral y los individuos que la integran). Pero la doctrina es clara en este sentido: la titularidad de fondo corresponde a éstos, y que, cuando también se le concede al sindicato, le es otorgada en tanto representante de aquella colectividad, en tanto manifestación estructural o institucional de dicha colectividad.

De todos modos, la posición que considera preferible atribuir el ejercicio del derecho de huelga exclusivamente al sindicato, puede basarse en la presunción de que la huelga no sindical es una huelga “amarilla” o instrumentada para derribar la fuerza de los sindicatos.

### 3. Declaración constitucional de la existencia del derecho de huelga

Otro aspecto fundamental del inciso tres del artículo 57 es su primera palabra (“declárase”). “Declárase que la huelga es un derecho gremial”, reza el texto constitucional. Como es sabido, se admite que en la técnica constitucional, esta expresión (“declarar”) implica el reconocimiento un derecho existente, no creado por la norma, sino simplemente reconocido por la misma.

El actual artículo 57 de la Constitución tiene su origen en la Carta de 1934. Antes, se lo daba como existente (como dicen Couture y Plá) tanto en los hechos como en la cátedra, tanto de hecho como jurídicamente. Lo que vino a hacer la Constitución de 1934, fue a reconocer la existencia de ese derecho, lo que surge de su propio texto (que dice “declárese que la huelga es un derecho gremial”), y de los propios antecedentes.

### III

## LA REGLAMENTACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE HUELGA

#### 1. Planteamiento del problema

La Constitución establece que, sobre la base de considerar a la huelga como un derecho gremial, se reglamentará su ejercicio y efectividad.

#### 2. ¿Cómo debe ser, en general, la reglamentación del derecho de huelga?

Dice de la Cueva: “El legislador ordinario no podría en la reglamentación aniquilar el derecho de huelga, y tampoco sería permitida una reglamentación excesiva, que en el fondo destruyera por limitar ese derecho. Debe ser una interpretación armónica con el espíritu del artículo 123 (de la Constitución mexicana)<sup>7</sup> que en esta materia, como en general en el derecho colectivo de trabajo, quiso dar a los obreros una gran amplitud en el ejercicio de los derechos colectivos, permitiendo una realización expeditiva de los principios de justicia social”. Ello equivale a decir que la Constitución (dicho en otras palabras tal vez un poco más técnicas) quiso que la huelga funcionara como un efectivo instrumento de autotutela.

*Esto ha determinado inclusive que históricamente, en nuestro país, por lo menos de parte de los trabajadores, hubiera existido siempre una gran oposición a la reglamentación legal del derecho de huelga. Los trabajadores siempre pretendieron que no se dictara una ley reglamentaria del derecho de huelga en el entendido que, mal o bien -al margen de las descontadas buenas intenciones que pudiera tener el legislador-, el mero hecho de reglamentar un instituto de este tipo implicaría, de alguna manera, limitarlo.*

*Y esto, que siempre fue la posición táctica del movimiento obrero uruguayo, coincide con un sector importante de la doctrina, que también se ha mostrado en términos generales contrario a la reglamentación, a la delimitación del derecho de huelga. Así, por ejemplo, el portugués Antonio Monteiro Fernández dice que el sólo hecho de definir el derecho de huelga es, de alguna manera, ya comenzar a limitarlo. Cuanto más, reglamentarlo.*

De todas formas, desde otro punto de vista, no podemos negar que *la Constitución, en el artículo 57, permite y hasta ordena o solicita la reglamentación del derecho, aunque*

---

<sup>7</sup> MEF: Como ya fuera adelantado, la referencia nacional debe hacerse al artículo 57 de la Constitución uruguayo.

*no exige que ella sea legal*<sup>8</sup>. La Constitución deja abierta la posibilidad de la autorregulación; así, la reglamentación prevista en la Carta puede ser legal o autónoma<sup>9</sup>.

### 3. ¿Existe una reglamentación general del derecho de huelga?

En segundo lugar, hay que señalar que no existe, ni existía en nuestro Derecho, una ley general y sistemática sobre el derecho de huelga. Han existido sí, y existen, reglamentaciones parciales, pero no una ley de huelga que sistemáticamente reglamente el instituto.

Esta falta de reglamentación es, en realidad, intrascendente. No impide el ejercicio del derecho.

Y también aquí nos permitiremos reproducir un pasaje del libro de Plá y Couture, que conserva toda actualidad. En el mismo, estos maestros comienzan señalando lo que acabamos de decir en el sentido que el movimiento obrero siempre resistió la reglamentación.

Dicen Plá y Couture: “El elemento obrero ha resistido siempre la reglamentación legal, por entender que se les cercenaba de esa manera un derecho que, con la sola y escueta mención constitucional, conseguía al mismo tiempo la jerarquía más alta y el alcance más amplio. Pero esta omisión legislativa en sancionar la ley reglamentaria, es, dentro de nuestro sistema constitucional, mucho menos grave que lo que parece a primera vista. Precisamente por la existencia del artículo 282 de la Constitución (en la época en que escribían Couture y Plá, el artículo 282 correspondía al actual artículo 332), que establece que los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales del Derecho, y a las doctrinas generalmente admitidas”.

La ausencia de reglamentación de un derecho constitucionalmente consagrado, no impide de ninguna manera su ejercicio, razón por la cual, la inexistencia de la reglamentación no perjudica al derecho de huelga. Continúan luego Plá y Couture: “En virtud del mismo (del artículo 332 actual) la ausencia de ley reglamentaria de carácter general del derecho de huelga no tiene por consecuencia dejar en suspenso el derecho que el artículo 56 (en ese entonces; artículo 57, ahora) consagra. Este (agregan Couture y Plá en una frase tan contundente como acertada) -el derecho de huelga-, tiene vigencia con ley reglamentaria, sin ley reglamentaria, y aún en contra de cualquier ley reglamentaria que lo intentara suprimir”, dado que la oposición de una norma de inferior jerarquía con la Constitución debe resolverse a favor de la Constitución.

---

<sup>8</sup> MEF: Entendemos que si la huelga no estuviera expresamente contemplada en el artículo 57 de la Constitución, ella estaría igualmente consagrada por imperio de los artículos 39, 72 y 332 de la Carta.

<sup>9</sup> MEF: Una obviedad: la huelga es la demostración fáctica de la existencia del “conflicto latente”, de una “patología social”, o de una “anomía”. Y esto por cuanto en la huelga subyace la “cuestión social” y el conflicto entre distintos derechos.

Tampoco ha existido una autorregulación general del derecho de huelga. Sí se han dado previsiones expresas en convenios colectivos, válidas para el respectivo ámbito de aplicación.

## IV EL HECHO DE LA HUELGA

### 1. Concepto de huelga. Sus caracteres

Se discute si es conveniente definir la huelga. Además, en nuestro Derecho, no poseemos una definición legal de la huelga, por lo cual Plá y Couture prefieren, más que definir la huelga, comenzar por caracterizarla, señalar cuáles son sus características fundamentales, para luego tratar de deducir de allí, de esa caracterización, una definición.

*El primer elemento que se da como caracterizante de la huelga es el de la omisión de trabajar, la interrupción del trabajo, o la recusa del trabajo.*

La primera duda que se plantea acá es si esa omisión de trabajar debe ser continua, o puede ser interrumpida; porque las definiciones clásicas hablan de omisión continua del trabajo o suspensión continua el trabajo, con lo cual aparece, desde ya, un problema de interés: la diferencia -y detrás de la diferencia, la licitud o ilicitud entre huelga típica y huelga atípica. ¿Qué son la huelga típica y la huelga atípica?

La huelga típica es la interrupción continua del trabajo. Es la que se produce cuando los trabajadores deciden “desde hoy no trabajamos”, y a partir de ese momento se produce una suspensión continua del trabajo, hasta que termina el conflicto. Esta es la huelga típica, una forma clásica de ver este carácter de la omisión de trabajar: la suspensión continuada. Pero existe la posibilidad de una omisión de trabajar, de una suspensión de trabajo, interrumpida: las muy conocidas huelgas intermitentes, en las que, por ejemplo, se trabaja una hora y se hace huelga una hora. Esta es la primera forma atípica de huelga.

Otra forma atípica de la huelga es el trabajo a desgano o trabajo a reglamento, que consiste en trabajar, pero haciendo lo mínimo posible, haciendo la labor lo peor posible dentro de lo lícito, y omitiendo toda tarea adicional. Y como éstas, hay una serie de variantes más.

En cuanto a su licitud o ilicitud, eso ya depende de la reglamentación jurídica concreta. El decreto 622/973, por ejemplo, definía estas formas atípicas de huelga como conducta ilícita, o sea que no las admitía como huelgas, y las sancionaba como ilícitas.

Personalmente, tendemos -acompañando la posición actual de Plá-, a considerar que todas son formas de huelga y que, en cuanto son formas de huelga, y la Constitución no distingue, no habría por qué hacer una distinción donde el texto superior no lo hace. Debe agregarse que esta posición es hoy claramente mayoritaria en la doctrina, siendo también, la sostenida por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

El segundo carácter de la huelga es la voluntad de reclamo, de protesta.

Se distingue en esto del abandono de trabajo; y obsérvese qué importante es este carácter, ya que si la huelga no tuviera esta individualidad propia, estaríamos en sede del mero abandono del trabajo. En la medida en que este abandono del colectivo, tiene una voluntad gremial de reclamo o protesta, es que aparece la huelga y se segrega del

abandono; no hay una finalidad de abandono sino que hay una voluntad de protesta o reclamo.

Y el tercer elemento caracterizante de la huelga, es un carácter colectivo. Esto parece un axioma, y está recogido en una frase que figura en todos los manuales de Derecho colectivo de trabajo, que dice que no existe la huelga de un trabajador. La huelga es un fenómeno colectivo. Esto es claro. Debe ser un reclamo colectivo por su propia definición, por su carácter de instituto de Derecho colectivo de trabajo, porque es un derecho gremial, por la finalidad que tiene, etc.

No obstante, como luego veremos, esto no puede aplicarse indiscriminadamente en todos los casos. Analicemos los siguientes ejemplos.

a). Supongamos que hay un conflicto en cierta empresa, pero que un solo trabajador quiere hacer huelga; si ese trabajador falta, no parece que la medida sea una huelga. Allí es claro que, para ser una huelga, la inasistencia tiene que tener un carácter colectivo.

b). Pensemos en una huelga de rama de actividad. Supongamos que se declara una huelga en determinada industria o rama de actividad. Y en muchas empresas de esa industria se hace la huelga: en la empresa A hace huelga el 50% del personal, en la empresa B el 100%, en la empresa C el 70%, en la empresa D el 30%; con mayor o menor intensidad cuantitativa, sin duda, se da el carácter colectivo en todas estas empresas. Pero sucede que en la empresa E, hay un trabajador que hace huelga. Ese hombre, ¿está haciendo huelga, o está faltando? ¿Es un fenómeno colectivo, o no?

Hay que tener en cuenta el ámbito subjetivo de la huelga, y referir el carácter colectivo al ámbito subjetivo de la huelga. Si es una huelga de empresa, el carácter colectivo se debe dar en esa empresa. Si es una huelga de actividad, el carácter colectivo se debe dar en la actividad. Y si es una huelga nacional, el carácter colectivo se debe dar en el territorio nacional. Por eso, también hay que tomar con pinzas este carácter colectivo de la huelga, que de ninguna manera pretendemos negar, porque es esencial a su definición, pero hay que tener cuidado de no aplicarlo automáticamente a cualquier situación que se dé. Aquello que la huelga de un solo trabajador no es huelga, es cierto... a medias. Depende del ámbito en el cual se le aplique.

*O sea que estos serían los tres caracteres básicos: 1) omisión de trabajar, continua o ininterrumpida, o alteración del trabajo; 2) con una voluntad de reclamo o protesta; y 3) de carácter colectivo.*

*A partir de estos caracteres es que se puede elaborar una definición de la huelga<sup>10</sup>.*

## 2. El concepto de huelga en el decreto 622/973

Conviene destacar que el decreto 622/973, el decreto de reglamentación sindical dictado el 1º de agosto de 1973, recogía algunos de estos caracteres conforme a la doctrina, y contenía otros en una posición encontrada en la doctrina. Definía la huelga como una suspensión de trabajo, concepto que coincidía con la doctrina; decía que esa suspensión debía ser una suspensión colectiva, en lo cual también recogía el criterio doctrinal. Pero se separaba en parte de la doctrina, por lo menos, al destacar que esta suspensión colectiva del trabajo debía ser continua, con lo cual quedaban afuera las suspensiones discontinuas u otras formas de alteración del trabajo. Y se agregaba que la huelga debía tener como

<sup>10</sup> Pero ojo... muchas veces, definir es limitar, cuando no excluir o prohibir.

finalidad, una reclamación exclusivamente profesional, a diferencia de *la mayor parte de la doctrina*, que atribuye a la huelga una voluntad de reclamo o protesta, sin calificar la finalidad de esa voluntad de reclamo o protesta. Estos dos últimos puntos (el carácter continuo de la suspensión, y el carácter exclusivamente profesional de la reclamación) eran los aspectos en que el concepto de huelga delineado por el decreto 622/973 implicaba un enfrentamiento con algunos criterios doctrinales modernos que han abandonado esas limitaciones (continuidad y finalidad).

Debemos señalar que, en nuestra opinión -como ya adelantáramos y vamos a aclarar después-, estas disposiciones del decreto 622/973 en materia de huelga no están actualmente vigentes.

En nuestra opinión, el decreto 622/973 ha decaído íntegramente en lo que tiene que ver con la huelga, sustituido por la ley 13.720.

### 3. Definiciones de huelga

Vamos a proporcionar dos de las tantas definiciones que se han elaborado, pero las manejaremos “con pinzas”: la definición de la huelga puede dejar siempre resquicios, puede dejar siempre puntos no aclarados, o alguna duda. O sea que siempre será una definición tentativa.

Couture y Plá dicen, en su libro de 1951, que *la huelga es la “omisión colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”*. Siguiendo la propia opinión de Plá -que rectificó su posición original de que sólo la huelga típica era huelga- a esto habría que agregar que *la huelga es la “omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria de trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”, para incluir en la definición las formas atípicas de la huelga*. O sea que la definición -modernizada según los propios criterios de Plá, posteriores al libro del año 1951-, sería: *“omisión, reducción, o alteración colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”*.

Una segunda definición también manejable, es la de Hélène SINAY. Dice que la huelga es la “negativa colectiva y concertada de trabajo” que manifiesta las intenciones de los trabajadores de colocarse provisionalmente fuera del contrato para asegurar el éxito de sus reivindicaciones.

### 4. Dinámica de la huelga

¿Cuál es la dinámica de una huelga ¿Cómo se desenvuelve?

Hay, en primer lugar, una o más etapas previas.

Dentro de estas etapas previas de la huelga se habla de un período de gestación, que generalmente es un período de gestación interno, en el seno del sindicato o gremio, o de la colectividad, en el que se discute, se cambian ideas, y donde surge la idea, o la intención, de efectuar la huelga.

Una segunda etapa previa, dentro de las preliminares, es el llamado período de pre-huelga, o de pre-conflicto. Es muy común escuchar que determinado gremio “está en pre-

conflicto”. No hay una huelga, pero hay ya un estado latente de enfrentamiento. Se está gestando el conflicto colectivo, la controversia de intereses colectivos.

Generalmente aquí también hay, de hecho, una especie de ultimátum, una especie de preaviso -de existencia contingente, no es indispensable- por el cual el gremio hace saber al gremio patronal, al empleador, o a quien fuere, lo que pretende y, que de no obtenerlo, recurrirá a la huelga.

Y puede existir también, dentro de estas etapas previas, de carácter contingente, no necesario, algún tipo de negociación entre las partes con la finalidad de conseguir el objetivo de evitar la huelga.

Estas serían las posibles etapas previas, que son, de todos modos, contingentes.

La segunda etapa sería el comienzo de la huelga. Aquí se plantea el problema de cuándo comienza la huelga, cuándo se puede decir que comenzó la huelga.

*Hay un comienzo colectivo de la huelga, y hay un comienzo individual de la huelga, como también hay una terminación colectiva y una terminación individual.* Couture y Plá, hablando del comienzo colectivo de la huelga, dicen que -dado justamente ese carácter, el carácter colectivo- la huelga comienza cuando la actividad normal del establecimiento se ve perturbada por la ausencia de los trabajadores. Es decir, determinan el comienzo de la huelga más bien por el comienzo de los efectos notorios de la huelga. *La huelga comenzará cuando la empresa (o establecimiento) en cuestión se ve afectado en su funcionamiento por la ausencia colectiva de trabajadores.*

Claro que este criterio tiene la dificultad de ser un criterio válido solamente para las huelgas de empresas, pero no para una huelga nacional, o una huelga de todo un sector; en estos casos, el hecho que algún establecimiento más o menos esté o no afectado, no puede hacer cambiar el criterio sobre si ya hay realmente una huelga en el país o en la actividad, o no la hay.

Por eso, *nos planteamos si el criterio determinante del comienzo de la huelga no debería ser la interrupción colectiva del trabajo: en el momento en que se verificara una interrupción colectiva, suficientemente importante, del trabajo, se daría por comenzada en los hechos, “de hecho”, sociológicamente, la huelga.*

Esto en cuanto al comienzo colectivo de la huelga. Pero hay un comienzo colectivo de la huelga y un comienzo individual de la huelga; porque no necesariamente todos los trabajadores en bloque comienzan la huelga en el mismo momento. La realidad indica que un número importante de trabajadores comienza la huelga en el mismo momento, pero que hay otros que muy a menudo no comienzan la huelga de inmediato, sino que adoptan una actitud expectativa. Para él, el comienzo se produce en el momento en que él suspende el trabajo, sumándose a los que ya estaban en huelga.

En cuanto al desarrollo de la huelga, que sería la tercera etapa fáctica que se da en la huelga como hecho, se observa una serie de características del mismo, o sea, el desenvolvimiento de la huelga propiamente dicha.

La primera característica es, obviamente, la omisión de trabajar para la empresa. Surge una segunda característica: la de que durante la huelga no se generan salarios. Durante la huelga hay una pérdida de salarios. El empleador no está obligado a servir salarios.



En algunos derechos positivos, a texto expreso se dice que durante la huelga, si es lícita, el empleador debe pagar los salarios. Se impone cuando está prevista a texto expreso. Pero no existiendo un texto expreso, la solución técnica tradicional es que durante la huelga se pierden los jornales.

Una posición diferente es sostenida por De Ferrari: dice que cuando la huelga había sido por incumplimiento del patrón, en ese caso se generan los salarios porque sería una aplicación de la “exceptio non adimpleti contractus”. De Ferrari plantea con agudeza ese problema. Si la huelga se debió a un claro incumplimiento patronal del derecho individual del trabajo, parecería, dice él, que en realidad allí la huelga se asemeja más a la excepción de contrato no cumplido y a la retención, por uno de los contratantes de su prestación, hasta tanto cumpla el otro, y ese podría ser un argumento para sostener que, en tales casos, el empleador debería pagar los salarios. De todas formas, esta posición, muy similar a la sostenida por Nicolliello, es de difícil aplicación práctica, porque en los casos concretos va a ser siempre muy difícil determinar si realmente ha habido de parte del empleador, un incumplimiento contractual (en el sentido jurídico del término) que justificara la huelga como una excepción de contrato no cumplido. Por eso, aplicando este criterio, en los hechos va a ser muy difícil dar una solución jurídica. Por otra parte, también en los hechos, la solución de la huelga se va a dar -como veremos luego- no tanto a favor de quien tenía más razón desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino del que haya tenido mayor poder de negociación. Y el empleador tendrá que pagar los salarios si el poder de negociación de los huelguistas fue mayor, haya o no habido incumplimiento de su parte.

Y los trabajadores se van a tener que contentar con no cobrar salarios -tuvieran o no razón en su reclamación- si el poder de negociación del patrón resultó ser superior. El resultado práctico de la huelga va a depender más de circunstancias fácticas que de circunstancias jurídicas.

*La posición tradicional, en cambio, es la que sostiene que durante la huelga no se generan salarios.*

La tercera característica que generalmente presenta el desarrollo de la huelga, o la tercer circunstancia fáctica que se da, es una cierta actividad proselitista. Una cierta actividad de los huelguistas en el sentido de hacer algún tipo de propaganda a favor de su reclamación, de convencer a trabajadores que todavía no se han incorporado a la huelga de que se sumen, de conseguir apoyo de otros gremios, o de la prensa, o de los partidos políticos, etc.

Al respecto, Couture y Plá señalan que éste es un aspecto en el cual la huelga puede exceder su esfera de ilicitud. En efecto, es un problema de hecho, el determinar en qué medida esa actividad proselitista -que es natural en el desarrollo de la huelga- se está moviendo dentro de límites normales, dentro de límites lícitos, y en qué momento pasa a invadir la esfera del derecho ajeno.

Una cuarta característica, de naturaleza contingente, no necesaria, pero que casi siempre se da en los hechos, es la existencia de negociaciones colectivas entre el gremio en huelga y la contraparte (sea un empleador, una gremial patronal, el Estado, etc.). Si bien esto no es absolutamente esencial, casi siempre se da, porque es la forma de arribar a algún tipo de acuerdo, de solución del conflicto. Y aún más, hay autores que dicen que existe una obligación de negociar, por ambas partes. La obligación de negociar no constituye una obligación de resultado, no implica la obligación de llegar a un acuerdo, pero sí implica la obligación de entrar en contacto con la otra parte para procurar una solución.

Y, finalmente, otra característica propia del desarrollo de la huelga es que, durante ella, la empresa continúa abierta, aún en condiciones precarias. La empresa continúa abierta, continúa funcionando, aunque sea con muchas dificultades, y ofreciendo trabajo al trabajador que no quiere hacer huelga. De lo contrario, si ante la huelga, ante la inasistencia colectiva de trabajadores con una finalidad de reclamo o protesta, el empleador cerrara transitoriamente, estaríamos ante el caso del “lock-out”, o de cierre patronal, que, como veremos, es una medida de acción gremial patronal -no de los trabajadores- cuya licitud se discute, y que está regulada en nuestro Derecho. En principio, ante la huelga, la empresa permanece abierta, aunque sea en condiciones precarias. Si se cierra, ya eso implica la adopción por parte del empleador de un “lock-out”, y aparece una figura jurídica nueva, distinta, por iniciativa del empleador.

En este tema De Ferrari recuerda que, en algunos regímenes, decretada la huelga por el sindicato, ésta es obligatoria para todos y agrega entonces que, en tales casos, no habría “lock-out” aunque el patrón cerrara. En regímenes como el nuestro, en los cuales no es el sindicato el principal titular (o, por lo menos, no es el único titular) del derecho de huelga, sino que el titular -como vimos- es el gremio (el conjunto de trabajadores aún no institucionalizado, aún no organizado), en estos regímenes, evidentemente, la decisión del sindicato no puede ser obligatoria para los trabajadores. Podrá resultar obligatoria -esto es interesante- para los afiliados al sindicato, pero exclusivamente dentro del marco de las disposiciones estatutarias de ese sindicato. Y las repercusiones de una negativa del afiliado a seguir la decisión sindical de hacer huelga, sólo podrá tener las sanciones que prevea la propia organización interna del sindicato, y se agotarán en el seno del sindicato.

Otro problema que se ha planteado es el de determinar si la autoridad pública podría apoyar al sindicato, obligando a cerrar a la empresa afectada por la huelga, o prohibiendo trabajar a los no-huelguistas. Nos parece que la autoridad pública podría llegar a apoyar al sindicato, pero no podría obligar al trabajador, individualmente considerado, a no trabajar.

Aun cuando existiera una decisión sindical de que todos los trabajadores efectuaran la huelga, una tal intervención estatal implicaría una actitud de injerencia en los problemas internos del sindicato, la que sería de corte netamente contrario a la libertad sindical, aunque estuviera apoyando al sindicato. Ello, sin perjuicio, repetimos, del poder disciplinario interno del sindicato para aplicar sanciones al afiliado que no acate las decisiones que lícitamente haya adoptado el órgano sindical que tuviera competencia: el Consejo Directivo, la Asamblea, u otro.

De alguna forma, De Ferrari justifica que el Estado apoye al sindicato y que prohíba la entrada a la empresa. Y por eso también justifica indirectamente la ocupación de las fábricas, porque dice que los huelguistas ocupan las fábricas para que los no huelguistas no puedan entrar a trabajar, mientras que, si el Estado apoya a la mayoría de los obreros, desaparece la ocupación de la empresa.

Como se ve, éste es un problema de opción, como tantos de estos temas. A nosotros nos parece que si criticamos la intervención estatal cuando coarta indebidamente la acción sindical e interviene internamente en la vida propia del sindicato, también debemos rechazarla cuando procura imponer las decisiones sindicales a trabajadores que no están obligados por esa decisión sindical, o que -aunque estén obligados- lo están en el ámbito interno del sindicato. Pero es un problema de opción, netamente opinable, y máxime cuando existe una reglamentación jurídica clara del punto.

Por otra parte, tal vez en De Ferrari exista la preocupación de que siempre la autoridad pública apoya al patrón, y que entonces sería lógico que en ciertos casos apoyara al trabajador. Esto es lo que enseña José Martins Catharino: tenemos la imagen de la huelga como algo que va en contra de la empresa, y en contra del Estado, y que siempre hay un enfrentamiento entre el Estado, o el gobierno, y los huelguistas, pero que, en realidad, no tendría porqué ser así. Podrían haber huelgas que fueran a favor del Estado, o apoyadas por el Estado, para lograr el cumplimiento, por ejemplo, de las obligaciones de una empresa que está incumpliendo eventualmente no sólo con sus trabajadores, sino con el Estado. De todos modos entendemos que acá debe introducirse una distinción, antes de seguir adelante.

Esto que dice José Martins Catharino parece una observación sumamente aguda y sumamente clara. Pero el hecho de dar un paso más, de pasar de esta admisión de que la huelga puede ser hasta en defensa del Estado (en contra de un poder económico que está perjudicando al Estado), a sostener que el Estado tiene derecho a prohibirle trabajar a un trabajador que quiere hacerlo, creemos que es un paso demasiado grande. Se podrá dar o no. Pero esto no es una consecuencia indispensable para aquello.

La conclusión de la huelga sería la cuarta etapa en la dinámica de la huelga. ¿Cómo termina la huelga? Puede terminar de diversas maneras. Puede terminar, por ejemplo, como es muy común, con un acuerdo colectivo, por un convenio colectivo en el cual, por ejemplo, el sindicato y el patrón (o la gremial patronal) pactan condiciones, justamente las que se habían discutido, y llegan a un acuerdo.

También podría terminar por un fallo arbitral o alguna decisión similar, si las partes voluntariamente sometieron a un arbitraje la solución del conflicto.

En estos casos en que la huelga termina por un acuerdo colectivo, o por un fallo arbitral voluntario, o por algún mecanismo similar, hay una fecha fija, clara, de terminación de la huelga. No hay discusión del conflicto.

Sin embargo, hay una tercera forma de terminación de la huelga, mucho más fáctica, menos jurídica que la anterior, que sí plantea una cierta indefinición del momento de la terminación. Es cuando la huelga termina por una normalización de la actividad de la empresa, una conclusión tácita de la huelga, lo que generalmente sucede cuando la huelga se pierde, cuando por el desgaste, los trabajadores empiezan a volver al trabajo, en forma más o menos organizada, o más o menos desorganizada.

Este hecho de la conclusión tácita de la huelga por la incorporación voluntaria (organizada o desorganizada) de los trabajadores, el único problema que plantea en sí, es el de que es muy difícil determinar cuándo terminó colectivamente la huelga. Para los trabajadores individuales, la huelga termina a medida que se van incorporando al trabajo. La terminación colectiva de la huelga es de más difícil precisión.

Pero el problema jurídico de mayor interés que plantea esta forma de terminación de la huelga, es el que surge cuando la empresa reinicia sus actividades, pero no con los mismos obreros, sino con otros nuevos.

La empresa ¿puede contratar otros trabajadores en sustitución de los huelguistas y así, reanudar sus actividades, considerando unilateralmente que la huelga terminó de hecho, porque ella regularizó su trabajo y está actuando, trabajando normalmente?

Couture y Plá dicen que la huelga termina cuando se da la normalización del trabajo, no importando si la normalización se produce con el trabajo de los huelguistas o de otros trabajadores nuevos. De Ferrari critica esta posición porque entiende que implicaría

un desconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores, y, en definitiva, un desconocimiento fáctico del derecho reconocido constitucionalmente. Por tanto, no considera válida esa forma de terminación de la huelga. Se plantea entonces la siguiente pregunta: ¿no implica de cierta manera un despido? En la posición de De Ferrari habría que contestar afirmativamente, y, en tal caso, estaríamos ante un despido por huelga, que sería un despido motivado en el ejercicio de un derecho por parte del trabajador.

Ahora bien, ante esta conclusión que la sustitución de un huelguista por un nuevo trabajador implicaría el despido del huelguista, surgió -y en los hechos así sucede y en muchos ordenamientos positivos así se lo prevé- la figura de la contratación de un trabajador sustituto por tiempo determinado, mientras dure la huelga, hasta que se reincorpore el titular. Es lo mismo que tomar un sustituto para un trabajador enfermo: podemos tomar el suplente mientras dure la ausencia del titular. O sea que este mecanismo dejaría de lado la objeción del despido. Evidentemente, no hay despido del huelguista. Ese punto está cubierto. Mientras que en el caso anterior -contratación de un trabajador permanente en sustitución del huelguista- podría haber una clara afrenta al derecho de huelga, tanto que daría lugar a considerar que se configuraría un despido injusto, ilícito, o abusivo, en este caso -contratación de un suplente mientras dure la ausencia del huelguista titular-, no es tan clara la irregularidad. Incluso, en el Derecho comparado, los distintos Derechos positivos están divididos en esto, aunque la tendencia es clara en contra de la admisión de la sustitución temporal del huelguista. Pero, no existiendo texto expreso, como en Uruguay, la discusión queda pendiente.

Es difícil optar por una de estas tesis. Nos parece que el problema de la licitud o ilicitud de la sustitución temporal de los huelguistas encierra una de las antinomias típicas del Derecho del Trabajo: recibe su justificación en el derecho de gestión del empleador y, en cambio, puede ser vista -desde la perspectiva del trabajador- como una conducta antisindical. Como se adelantó, la tendencia es a limitar la sustitución temporal de huelguistas, o sea, favorable a la defensa del derecho de huelga.

Hay que señalar, además, que en el Derecho positivo uruguayo, si bien el tema no está reglamentado con carácter general, está sí previsto en una disposición. Es el artículo 4º, inciso final, de la ley 13.720, que dice lo siguiente: “En caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y a la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar al personal afectado las sanciones legales pertinentes”. Como se ve, la ley 13.720, en el inciso c) -final- del artículo 4º, prevé que para el caso de servicios esenciales, la autoridad pública podrá recurrir, “incluso” (lo que da idea de cierta excepcionalidad), a la contratación de prestaciones personales indispensables a la continuidad de los servicios. Ahora bien, esto, ¿es una autorización, o por el contrario, es una excepción? En la medida que está previsto sólo para los servicios esenciales, ¿es de alguna medida una prohibición para los demás? Se puede manejar acá *el argumento “a contrario”*. Decir: *la ley lo prevé, autorizándolo sólo a la autoridad pública, excepcionalmente, y en caso de servicios esenciales; por consiguiente, en todos los demás casos, no se puede recurrir a la sustitución de trabajadores.*

Queda abierta también la discusión sobre la interpretación de esto, pero conviene tener presente este artículo 4º, inciso final, de la ley 13.720.

Con respecto al trabajador individual, el problema de la conclusión de la huelga se plantea en los mismos términos que el comienzo de la huelga, ya que hay trabajadores que dejan la huelga y se reincorporan a la empresa antes que la mayoría, y hay otros que lo hacen inclusive después. Porque muy a menudo la terminación de la huelga, aunque se decida formalmente por el sindicato o por una asamblea del personal, deja a un grupo de trabajadores disconformes, que querrían seguir en huelga. Y en los hechos a veces sucede que la masa, el grueso de trabajadores se reincorpora, pero hay otros que se consideran todavía en huelga, y se incorporan a la empresa posteriormente.

Para estos últimos, se plantea un nuevo problema. Esa ausencia posterior al levantamiento formal de la huelga, ¿es una falta injustificada? Esos trabajadores, ¿ya no están en huelga, porque la huelga como fenómeno colectivo ya terminó? ¿O ellos, de todas formas, están ejerciendo su derecho individual a la huelga, y esa falta en cuanto no se prolongue desmesuradamente sigue siendo el ejercicio individual del derecho de huelga? Tal vez aquí también, igual que en el problema del comienzo de la huelga, el criterio mejor no sea el de discernir si se afectó o no el funcionamiento normal de la empresa, lo que parece más bien un efecto de la huelga, sino el discernir en qué medida sigue existiendo o dejó de existir una interrupción colectiva del trabajo.

Y este problema nos lleva a analizar como último punto (ya de alguna manera lo hemos hecho, pero vamos a exponerlo orgánicamente), los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo<sup>11</sup>.

## 5. Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo

¿Cómo influye la huelga -mientras existe- en el contrato individual de trabajo de cada trabajador?

Indudablemente, el primer efecto de la huelga sobre la relación de trabajo es el resultante de que la huelga sea una suspensión del contrato de trabajo, y no una terminación. Hay una voluntad de reiniciar la relación de trabajo. El efecto es, pues, el de *suspender el contrato o relación de trabajo*<sup>12</sup>.

En segundo lugar, al ser una suspensión, y no la terminación, de la relación individual de trabajo, *se mantiene la antigüedad*. Durante el período de huelga se genera antigüedad.

En tercer lugar, como ya vimos, en principio (y salvo las opiniones de De Ferrari y Nicolliello que señalamos, y las disposiciones expresas sobre el punto que existen en otros Derechos positivos), *no se generarían salarios*.

---

<sup>11</sup> MEF: Desde hacía ya varios años, el Prof. Dr. Oscar Ermida Uriarte ya no se refería “al contrato de trabajo” sino, en su lugar, “a la relación laboral o de trabajo”.

<sup>12</sup> MEF: Nótese que aquí, el autor ya se refería a la suspensión “del contrato o relación de trabajo”; en años posteriores, modificaría el eje argumental, posicionándolo sobre la relación de trabajo, desplazando abiertamente al contrato individual de trabajo. Nótese así mismo que, si bien general y mayormente refería al “contrato de trabajo”, en el título de este capítulo, ya colocaba “la relación individual de trabajo” como el eje de la temática.

En cambio -y en cuarto lugar- *sí se genera licencia*, por disposición expresa del artículo 8 de la ley 12.590: se tendrán como trabajados, a los efectos de la generación de licencia, los períodos de huelga.

En quinto lugar, con respecto al seguro de paro, el decreto-ley 15.180 establece (también lo establecía la ley anterior) que *el trabajador en huelga no tiene acceso al seguro de paro, porque lo que cubre el seguro de paro es la desocupación forzosa*, y no la desocupación voluntaria: el huelguista es un desocupado circunstancial voluntario; no trabaja por un acto de su voluntad. Entonces, no tiene acceso al seguro de paro mientras está en huelga. A su vez, el trabajador que está en huelga, no podría ser enviado al seguro de paro (conf. Raso Delgue, Juan, *La desocupación y el seguro de desempleo*, Montevideo, 1983, p. 297).

Y en sexto lugar, en cuanto al despido, hay una serie de problemas. Primero: el despido del huelguista producido durante la huelga, ¿es lícito o ilícito? ¿Puede ser despido abusivo? Parecería que sí; *sería un despido por ejercer un derecho, salvo que el empleador probara fehacientemente que el despido se motivó en causas totalmente ajenas al conflicto*. Segundo: ¿cuáles son los efectos del no reintegro del trabajador huelguista al culminar la huelga? Hay que distinguir a qué se debe el no reintegro. Si el no reintegro es un no reintegro voluntario del trabajador, porque no vuelve a trabajar luego de terminada la huelga, parecería que se trata de un abandono de trabajo, salvo que se pueda considerar que continúa individualmente como dijimos anteriormente en ejercicio de la huelga. Pero si no se da esta situación -o esto no se admite- simplemente hay un abandono de trabajo, o una renuncia tácita. En cambio, si al terminar la huelga ese trabajador, es el empleador quien no reintegra al trabajador, esto es un despido. Un despido igual al despido del huelguista durante la huelga, al cual habrá que aplicarle las mismas soluciones. Si entendemos que aquél era un despido ilícito o abusivo, éste también lo será. Tercero: los problemas que plantea la sustitución del huelguista: los acabamos de mencionar ya, y nos remitimos a lo expuesto.

## V EL DERECHO DE HUELGA EN EL URUGUAY

### 1. Evolución del derecho de huelga en Uruguay

En nuestro régimen positivo, la huelga ha sufrido casi la misma evolución que señalábamos como una evolución histórica universal: primeramente, la consideración de la huelga como un delito; luego, la consideración de la misma como un ilícito civil, que implicaba el incumplimiento del trabajador y, por consiguiente, la ruptura del contrato por su culpa; y, finalmente, el reconocimiento de la huelga como derecho, sea como derecho individual, sea como derecho colectivo o gremial.

### 2. Significación del reconocimiento de la huelga como derecho

Sobre el significado del reconocimiento de la huelga como derecho, Couture y Plá señalan, en primer lugar, que el reconocimiento del derecho de huelga en el artículo 57 de la Constitución, significa que el Estado no puede prohibir las huelgas, y que ellas importan solamente la suspensión del contrato de trabajo, y no su extinción.

La segunda proyección es el reconocimiento de la huelga como un instituto de autotutela, como un instrumento del Derecho colectivo del trabajo destinado a la protección de otros derechos del trabajador. Y de alguna manera, el reconocimiento constitucional del derecho de huelga, de la misma forma que el reconocimiento constitucional del sindicato, implica en alguna medida el reconocimiento de la existencia de ese pluralismo social.

La consideración de la huelga como delito corresponde a un Estado típicamente autoritario. El reconocimiento de la huelga como un mero hecho individual, como un mero “dejar hacer”, como una facultad, como algo que simplemente no está prohibido, corresponde al clásico Estado liberal -Estado “Juez y Gendarme”-. Y finalmente, el reconocimiento y promoción del derecho de huelga como un derecho colectivo, sería propio de los Estados o de los regímenes pluralistas sociales, que reconocen la existencia de grupos sociales con derechos propios. Esta última sería, la característica que tienen (o deberían tener) los Estados occidentales democráticos modernos, donde se da una especie de democracia social.

De todo esto, interesa señalar como elemento más técnico y de mayor interés concreto en Derecho laboral, la constatación de que el reconocimiento del derecho de huelga implica la adopción de una garantía de cumplimiento (o instrumento para lograr el cumplimiento) de otros derechos de los trabajadores. Es decir, implica la consagración del concepto de autotutela.

### 3. El carácter de “derecho gremial” atribuido a la huelga

Otro aspecto que hay que considerar al analizar el derecho de huelga en Uruguay, es el carácter de “derecho gremial”, que da el artículo 57 de la Constitución. ¿Qué quiere decir esa expresión: “derecho gremial”? Ya algo hemos adelantado supra, II, a lo cual nos remitimos, sin perjuicio de lo que sigue.

Al respecto se han dado varias teorías que vamos a enumerar. La primera de estas teorías es la de quienes sostienen que el derecho gremial es un derecho que está por encima del derecho individual, y por debajo del derecho público. Es decir: la huelga sería más que el derecho individual y menos que el derecho público o que el derecho del Estado. Esta es la posición de Aparicio Méndez, o de Salvagno Campos, por ejemplo, quienes lo consideran un derecho inferior al Estado. Y es de alguna manera, aunque con enfoque muy distinto, la posición de De Ferrari, que no dice que sea un derecho inferior al Estado, pero dice sí que es un derecho superior al individuo.

Esta posición es sumamente criticada por Couture y Plá Rodríguez. Dicen así: “La única clasificación jerárquica de los derechos subjetivos generalmente admitida por la doctrina, es la que proviene de la jerarquía de las normas que los establecen” (esa es la única jerarquización de los derechos: constitucionales, legales, etc.). “Aunque, desde luego, todos ellos están, en mayor o menor grado, limitados por el interés general o el orden público, expresado en la forma y con las garantías establecidas constitucionalmente. La primacía constante de los derechos del Estado o de la comunidad, sobre todos los derechos de los grupos y de los individuos, cualquiera sea la norma que lo establezca, parece más propia de una concepción totalitaria del Derecho que de un Estado democrático”.

La segunda interpretación de la expresión “derecho gremial” sería la de que este derecho es un derecho del sindicato, o del gremio organizado, y no de obreros desorganizados, o individualmente considerados. Esta posición ha sido sostenida, por ejemplo, por Krotoschin en Argentina, y también ha sido criticada por Plá y Couture en otro párrafo muy claro que también conviene tener presente. En contra de esta posición que ve la expresión “derecho gremial” como una identificación de la huelga con la titularidad del sindicato o del gremio organizado, Couture y Plá dicen que esta interpretación que asigna el derecho de huelga exclusivamente a los sindicatos, pugna abiertamente con el fundamento de la incorporación de este artículo al texto constitucional. El derecho de huelga que tradicionalmente se conocía y aplicaba en nuestro país, era ejercido por cualquier grupo de trabajadores. De modo que restringir ese derecho sólo a los sindicatos, importaría una seria limitación al derecho, en contradicción con el propósito y sentido del texto.

A esta crítica -que compartimos por las razones que ya hemos mencionado anteriormente- de todas formas tenemos que introducirle la limitación ya señalada, de la relatividad, la poca importancia que tienen los antecedentes constitucionales para la interpretación de un texto constitucional.

La tercera interpretación de esta expresión “derecho gremial”, es la que sostiene que con ella se ha querido señalar una limitación a la finalidad de la huelga: esto querría decir que la huelga sólo puede ser adoptada o practicada con una finalidad exclusivamente gremial. Esta tesis corre el riesgo de distinguir donde no lo hace la norma, e introducir así



una limitación en contra del texto constitucional y aun en contra de las tendencias doctrinales modernas, que procuran no calificar excesivamente las finalidades de la huelga.

La cuarta interpretación, aceptada por Couture y Plá, así como por Nicolliello, y a la cual también adherimos nosotros, considera que el término “gremial” no tiene un sentido calificante, sino descriptivo. Así, *decir que la huelga tiene un carácter “gremial”, no significaría más que decir que tiene un carácter colectivo. El carácter gremial de la huelga consistiría en una modalidad de ejercicio del derecho, que debe ser siempre colectivo, esto es, ejercido por una pluralidad de personas unidas por una comunidad de oficio, profesión, o clase social.* Así lo había aclarado el parlamentario José P. Cardozo, en intervención recogida por Couture y Plá: “Decir derecho gremial o derecho de un gremio, vale tanto como decir derecho de un conjunto de personas que tienen un mismo oficio, profesión, o estado social”.

#### 4. El carácter transitorio de la huelga

El carácter “transitorio” de la huelga debe ser recogido en la consideración del derecho de huelga. El ejercicio de este derecho provoca una suspensión del contrato de trabajo, con todas las consecuencias ya mencionadas: *el trabajador en huelga no ha renunciado; el período de la huelga genera antigüedad y derecho a licencia; el huelguista debe ser reincorporado al término de la huelga; si el huelguista no se reincorpora voluntariamente hay abandono del trabajo; y si se el empleador quien no lo reincorpora, hay un despido, etc.*

#### 5. Titulares del derecho de huelga

El tema de la titularidad del derecho de huelga se vincula directamente con lo expresado acerca del carácter “gremial” de la huelga.

Entre nosotros prima -por interpretación que se ha dado al concepto “derecho gremial”- la idea de que el titular del derecho de huelga es el grupo de trabajadores, organizado o no, sindicalizado o no. Últimamente, bajo el influjo de la doctrina italiana, también se ha planteado la tesis de que *el derecho de huelga es de titularidad individual pero de ejercicio colectivo.*

Hay otras dos cuestiones discutibles, y sumamente interesantes, en materia de titularidad del derecho de huelga.

La primera, es la de determinar si los funcionarios públicos pueden ser titulares del derecho de huelga.

La segunda, aunque creemos que la forma de enunciarla es una licencia del lenguaje, es la de si los patrones pueden ser titulares del derecho de huelga.

Vamos a analizar estos dos problemas.

#### 6. La huelga de los funcionarios públicos<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Véase además el capítulo VII (“La huelga en los servicios esenciales”).

Los funcionarios públicos, ¿pueden ser titulares del derecho de huelga, o no? En nuestro derecho, ¿están legitimados los funcionarios públicos para ejercer la huelga, o la tienen prohibida?

A veces se dice que la ratificación de los Convenios Internacionales del Trabajo N° 87 y 98, implica, como consecuencia necesaria, el reconocimiento del derecho de huelga a favor de todos aquellos a quienes tales normas le reconocen los derechos de sindicalización y de negociación colectiva, incluidos los funcionarios públicos.

Pero el Convenio 87 no se refiere a la huelga. Se refiere al derecho de sindicalización, o sindicación. Entonces, no cabe duda que el Convenio 87 reconoce a los funcionarios públicos indiscriminadamente -con la sola excepción de las fuerzas armadas y policiales- el derecho a formar sindicatos, pero eso no quiere decir que tengan el derecho a la huelga. Hay autores que dicen que *la huelga es una condición indispensable del ejercicio de la libertad sindical*. Por consiguiente, quien tiene derecho a sindicalizarse tiene derecho a hacer huelga: sin el arma de la huelga el sindicato no tendría razón de ser.

De todas formas, también hay muchos autores que hacen una división allí, y dicen que una cosa no implica la otra, y que en realidad, los convenios de la OIT no reconocen ni niegan la huelga.

Claro que, si bien no hay ningún Convenio Internacional que expresamente reconozca el derecho de huelga, sí un organismo de la OIT -el Comité de Libertad Sindical- ha reconocido expresamente que el derecho de huelga forma parte de la libertad sindical, y que, consecuentemente, alcanza a los empleados y obreros del Estado. En ese sentido, hay una serie de resoluciones del Comité de Libertad Sindical muy claras, que también reconocen ciertos límites al derecho de huelga en materia de servicios públicos esenciales.

Pasando ahora a los fundamentos vinculados con normas nacionales del Derecho interno, analizaremos primeramente los argumentos favorables al reconocimiento del derecho de huelga a los funcionarios públicos. En primer lugar: el artículo 65 de la Constitución, incorporado en la reforma de 1952, el de la interrupción de los servicios públicos, aún estatales, con lo cual viene a reconocer que el funcionario público puede hacer huelga, según lo señalaba Aníbal Barbagelata en artículo publicado en la revista Derecho Laboral N° 44, en posición recogida posteriormente por Plá. El artículo 65, inciso 2°, de la Constitución, dice lo siguiente: “En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros, así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios”.

Segundo argumento favorable a la huelga de los funcionarios públicos, dentro del derecho interno: el artículo 57 de la Constitución no distingue. Por lo tanto, no debe distinguir el intérprete, máxime en atención a la existencia del artículo 72 de la Constitución, que reconoce todos aquellos derechos que, de acuerdo al jusnaturalismo clásico, serían considerados inherentes a la persona humana. Y el derecho de huelga, hoy en día, es considerado uno de los derechos clásicos, inmanentes al hombre.

El tercer argumento es la ley 13.720, y la ley de COPRIN, que previó la huelga de los funcionarios públicos, analizando justamente cuándo era lícita, cuándo no, qué servicios debían mantenerse, etc., cuya vigencia, como ya dijimos, ha sido ratificada o replanteada por el decreto-ley 14.791 de DINACOPRIN.

Y un cuarto argumento es aportado por la idea de que en los artículos 53 y siguientes de la Constitución, se edicta una especie de derecho general del trabajo, aplicable por igual a empleados públicos y particulares, que la ley reglamenta luego en forma diferencial a través de lo que clásicamente se considera la legislación laboral para los trabajadores privados, y el estatuto del funcionario y otras normas, para los funcionarios públicos. En estos artículos 53 y siguientes de la Constitución estaría contenido lo que Cassinelli (y a partir de él muchos autores), en un artículo publicado en la “Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, tomo 58, denomina el “derecho general del trabajo”, de base constitucional<sup>14</sup>.

También entre los argumentos favorables, hay que mencionar una tesis de De Ferrari, de fundamento jurídico discutible, pero con amplia base de razonabilidad. De Ferrari dice que existe el derecho de huelga de los funcionarios públicos, sin ningún lugar a dudas, pero con el límite del infortunio colectivo. Cuando la huelga del funcionario público corre el riesgo -por el tipo de funcionario que la ejerce, o por el tipo de empresa o de función en la que se ejerce- de provocar un infortunio colectivo para toda la sociedad, entonces ahí cesa el derecho de huelga del funcionario público, o cesa por lo menos la licitud de la huelga del funcionario público.

La licencia de la afirmación de De Ferrari parece muy razonable; lo que puede discutirse es el fundamento técnico-jurídico de la misma, pero en el ámbito de la razonabilidad, indudablemente es clara<sup>15</sup>.

Pasemos ahora a denunciar los argumentos contrarios al reconocimiento de la huelga de los funcionarios públicos.

En primer lugar se hace notar que los sindicatos gremiales y los tribunales de conciliación y arbitraje que prevé el propio artículo 57 de la Constitución al hablar de la huelga, no serían compatibles con el carácter y situación de los funcionarios públicos, por

<sup>14</sup> MEF: Cassinelli Muñoz, Horacio “Régimen jurídico general de los trabajadores”, 1962, sin más datos. Véase también, del mismo autor, “Cursillo sobre el derecho del Trabajo y los funcionarios públicos” (en la colección Biblioteca de Derecho Laboral N° 5, 1977, Montevideo (en el que aquella tesis de 1962 fuera plasmada íntegramente, y con la decantación natural que el transcurrir de quince años, robustece).

<sup>15</sup> MEF: Personalmente, mantenemos una postura a favor del reconocimiento del derecho de huelga, en el más amplio de los sentidos.

Adviértase que los artículos 57 y 65 de la Constitución uruguaya consagran el derecho de huelga, y el derecho de sindicación. El primero en el ámbito privado de actividad. El segundo en el ámbito público de actividad. Así, en puridad, se está consagrando la existencia y reconocimiento del Derecho colectivo del trabajo todo. El silencio constitucional termina por reconocer, garantizar, promover y proteger, un sistema de Derecho colectivo del trabajo in totum. Es que, si el Derecho colectivo del trabajo está compuesto por tres pilares inescindibles (sindicato, huelga y convenio colectivo; ó, libertad sindical, conflicto colectivo y negociación colectiva), el reconocimiento, promoción, y protección de uno de esos pilares, necesariamente supone el reconocimiento -tácito- de los otros dos. Obsérvese que, el Derecho colectivo del trabajo lleva insito, presupone, subyace a él: la libertad sindical, la negociación colectiva (cuyo resultado podrá ser un convenio colectivo), y el conflicto colectivo (dada la trivalencia de la huelga). Pero hay más, pues el artículo 57 de la Constitución uruguaya, consagra dos de esos pilares: la huelga y el sindicato (gremio). Entonces, queda reconocido tácitamente el tercer pilar -la negociación colectiva-. Otra solución no es posible, pues ¿de qué Derecho colectivo del trabajo estaríamos hablando si no contara con cada uno de sus tres pilares? O lo que es lo mismo, ¿de qué Derecho colectivo del trabajo estaríamos hablando sin alguno de sus tres pilares? No nos resulta presuroso ni poco mentado arriesgarnos a afirmar que el derecho colectivo del trabajo uruguayo tiene su reconocimiento y consagración constitucional -tácita y expresamente- en los artículos 57 y 65.

aquello de que el funcionario está para la función, que está en una relación estatutaria y no contractual, en una situación de subordinación, no en el sentido que se le da a la subordinación en el contrato de trabajo, sino en la relación de subordinación estatutaria, a la orden del Estado.

El segundo argumento contrario a la huelga de los funcionarios públicos, radica en la suposición de que los artículos 53 a 57 de la Constitución se refieren a los trabajadores privados, mientras que los artículos 58 y siguientes, se refieren a los trabajadores públicos. Por consiguiente, el artículo 57 se referiría, en cuanto a la huelga, sólo a los trabajadores privados.

En contra de esta posición, se han dado distintos argumentos. Primero, que no hay una diferencia entre los trabajadores privados y los funcionarios públicos que justifique esta segregación de derechos. En segundo lugar, lo que acabamos de decir: que existe un derecho general del trabajo, aplicable por igual a los trabajadores públicos y privados, que está plasmado en todos los artículos de la Constitución destinados al tema “trabajo”, o sea del artículo 53 en adelante, y no del artículo 58 en adelante (que serían los artículos aplicables a los trabajadores públicos). Y finalmente, se recurre al argumento más firme, que es otra vez la existencia del artículo 65 de la Constitución<sup>16</sup>.

El tercer argumento en contra de la titularidad de la huelga por los funcionarios públicos, son los antecedentes de la Asamblea Constituyente de 1934, en la que se aprobó lo que hoy es el artículo 57 de la Constitución.

En contra de este tercer argumento, se han esgrimido las razones ya indicadas sobre la relatividad del interés o de la importancia de la opinión de los constituyentes, cuando se trata de una Constitución que es aprobada por un plebiscito popular, y más aún en el caso de un artículo como éste, que fue sometido a otras tres ratificaciones populares más, posteriores a la inicial de 1934

Un cuarto argumento en contra de la huelga lo traen los propios Couture y Plá, que decían en el año 1951 que la doctrina universal negaba el derecho de huelga a los funcionarios públicos. Hoy se da exactamente la inversa. Obsérvese que en 1971 De Ferrari ya decía lo siguiente: “La huelga de los funcionarios públicos es un hecho universal”. Exactamente lo contrario del consenso a que hacían mención Plá y Couture en 1951. Y si se analiza la doctrina laboral actual, se constata que actualmente<sup>17</sup>, la huelga de los trabajadores del Estado es una realidad insoslayable, y que su reconocimiento jurídico es ampliamente mayoritario. O sea que aquella afirmación de Couture y Plá de 1951, que en ese entonces era cierta, hoy ya no lo es, y se da exactamente la situación contraria. Un claro ejemplo del carácter permanentemente cambiante, de constante evolución, que ostenta el Derecho del trabajo.

## 7. La “huelga patronal”: el “lock-out”

¿Pueden los patronos ser titulares del derecho de huelga?

---

<sup>16</sup> MEF: Otro argumento sería sostener que donde la norma no distingue, no cabe la distinción del intérprete.

<sup>17</sup> MEF: Al menos desde la década del '70.

El patrón no es titular del derecho de huelga. Pero lo que se quiere plantear aquí es si es lícito el “lock-out”, el cierre patronal, que viene a ser la contrapartida patronal del derecho de huelga de los trabajadores.

Lo que se quiere decir es que el patrón puede ser titular (o no) de un derecho similar a la huelga, que es, en alguna medida, la contrapartida de la huelga, o sea el “lock-out”, o cierre patronal, o paro patronal.

Y aquí el problema es doble. Primero: la declaración del artículo 57 de la Constitución que habla de la huelga como un derecho gremial, ¿incluye a la “huelga patronal” o “lock-out”?

Segunda pregunta: en caso de respuesta negativa, ¿el hecho de que el artículo 57 no incluya el “lock-out” quiere decir que el “lockout” es ilícito? ¿O sólo quiere decir que no tiene la garantía constitucional, pero igual es lícito?

Como se sabe, el “lock-out” es el cierre patronal, es decir, la actitud del patrón que, ante una huelga, o por una situación de enfrentamiento con los trabajadores, por una actitud gremial patronal cierra la empresa, no da trabajo, suspende el trabajo. No la cierra definitivamente (eso sin duda sería despido), sino que suspende el trabajo. Ahora bien: 1) esta actitud patronal, ¿está protegida por el artículo 57 de la Constitución?; 2) de no estar incluida en dicha norma, ¿es lícita?

Primero: el artículo 57 de la Constitución no reconoce al “lockout”; sólo se refiere a la huelga, que, obviamente, es cosa distinta del “lock-out”. Segundo: eso no quiere decir, necesariamente, que sea lícito, sino simplemente que no goza de protección constitucional, como la huelga. Tercero: en nuestro Derecho, lo cierto es que la ley 13.720, artículo 3, literal f, lo admite, aunque puede discutirse la constitucionalidad de esta norma que dice “que ninguna medida de huelga o lock-out será considerada lícita si el problema que la origina no se ajusta...”. De todas formas, aún cuando se admita como lícito el “lock-out” en función de la ley 13.720, parecería claro que debe regirse por normas y principios diferentes a los de la huelga, dados su diferente naturaleza, su diferente motivación, su diferente alcance. En efecto, para fundamentar un menor margen de licitud del “lock-out” en el Derecho uruguayo, hay que señalar: 1) que no tiene reconocimiento constitucional; y 2) que mientras la huelga se justifica como un instrumento de autotutela y de protección de los más débiles, el “lockout” carece de dicha justificación. En este sentido recogemos las afirmaciones de varios autores franceses (Camerlynck y Lyon-Caen, Javillier, Ollier, etc.), que hacen un paralelismo bastante gráfico. Dicen: la huelga es un fenómeno colectivo, en el cual la voluntad de muchos se opone a la voluntad de uno, y la huelga es también un fenómeno de autotutela, de equilibración de la justicia, en el cual el conjunto de los más débiles se unen para oponerse al poder de uno. Mientras tanto, en el “lock-out” no se dan estos elementos éticos, sociológicos y jurídicos, sino que se da exactamente lo contrario: el “lock-out” es la voluntad de uno que cierra la empresa y se opone a la voluntad de una colectividad, y es a su vez, también, el poder económico del más fuerte, que se opone al conjunto de los más débiles. Esto no tiene que llevar necesariamente a la ilicitud del “lockout” (menos cuando tenemos una ley, que podrá ser o no constitucional, pero que de todos modos incide de alguna manera), aunque sí parecería que estos argumentos permitirían sostener que el “lockout” goza de un menor margen de licitud que la huelga.

Finalmente, debe señalarse la opinión de De Ferrari, que dice que el “lock-out” es doctrinalmente ilícito, pero que, en el Uruguay, por la ley 13.720 sería lícito.

En todo “lock-out” se mantiene la obligación de pagar salarios, porque éste es un cierre por voluntad patronal, en el cual es el patrón quien está asumiendo los riesgos.

Además del “lock-out”, hay otras formas de acción gremial patronal, entre las cuales destacan las “primas anti-huelga” y la sustitución temporal de los huelguistas.

A esta última ya nos hemos referido. En una “lógica patronal” la medida sería lícita. En una “lógica obrera”, consistiría en un acto de discriminación antisindical que impediría el ejercicio eficaz del derecho de huelga. También señalábamos que la tendencia es a favor de esta segunda concepción.

En cuanto a las “primas anti-huelgas”, éstas pueden presentarse de dos formas: a) en una forma abierta o desembozada, cuando expresamente el incentivo se da por asistencia al trabajo en períodos de huelga; y b) más frecuentemente, disimulada bajo el aspecto de una “prima por asiduidad” en la cual el incentivo se pierde (no se cobra) o se reduce por cualquier inasistencia (incluida la huelga, aunque no explícitamente). En cualquiera de estas versiones, en la medida en que el incentivo se pierda o se reduzca por participar en una huelga, el mecanismo debería considerarse ilícito por atentatorio a la libertad sindical, y ello con mayor motivo en nuestro Derecho, que reconoce al derecho de huelga en forma expresa y en la norma de mayor rango de derecho interno. Si la huelga es un derecho de rango constitucional, es imposible admitir que se utilice una “prima” que perjudique el ejercicio de ese derecho. ¿Quién podría justificar la existencia de primas “anti-sindicalización”, “anti-asociación”, “anti-reinuón” o “anti-expresión del pensamiento”?

## 8. Clasificación de las huelgas<sup>18</sup>

Analizaremos seguidamente los distintos tipos de huelga que existen. Vamos a partir de las clasificaciones que presentaban Couture y Plá en 1951, para luego actualizar esa enumeración con clasificaciones nuevas que han surgido con la práctica y el desarrollo de la huelga<sup>19</sup>.

a) En primer lugar, Couture y Plá se refieren a la juricidad de la huelga, según que el ordenamiento jurídico acepte o no la huelga. La huelga sería jurídica cuando es aceptada por el ordenamiento jurídico, y antijurídica (o no jurídica, o ajurídica) cuando el ordenamiento jurídico no la prevé.

b) En segundo lugar, se refieren a la huelga legal e ilegal, sobre la base de la legalidad de la huelga, según que la huelga cumpla o no con los requisitos formales, de procedimiento, de preaviso, etc., que puedan establecer las respectivas legislaciones nacionales.

c) Se refieren también a la legalidad de la huelga; habría huelga legítima o huelga ilegítima, según que el objeto de la huelga y los medios utilizados, fueran aceptados o no por la legislación nacional; y aquí es donde se introduce a veces el problema de la huelga política, que algunas legislaciones prohíben; la huelga política poseería una finalidad prohibida para los ordenamientos que la prohíben, y por tanto, según Plá y Couture, en tal caso se estaría

---

<sup>18</sup> En este capítulo, integraremos el trabajo “La flexibilización de la huelga”.

<sup>19</sup> MEF: En 1999, se editó y publicó (a través de FCU) “La flexibilización de la huelga”, de Oscar Ermida Uriarte; libro en el que el autor se encargara solamente del análisis de estas nuevas formas de huelga “atípica”. Aquel trabajo, será reproducido -por integración- en el presente capítulo.

ante la huelga ilegítima, por no cumplir con la finalidad u objeto que le asigna la legislación.

d) Y finalmente estos maestros se refieren a la huelga justa e injusta, con un criterio ya no jurídico formal, sino meramente axiológico; la clasificación de una huelga como justa o injusta, es más un problema sustancial, político o económico, que jurídico. Una huelga puede ser jurídicamente válida, pero injusta, desde el punto de vista axiológico; y de la misma forma, una huelga puede ser formalmente, jurídicamente, ilícita, pero ser justa desde el punto de vista axiológico, desde el punto de vista social, gremial, económico, etc.

*Estas clasificaciones, en realidad, con el correr del tiempo han perdido parte de su actualidad.*

Hay sin embargo, otros tipos de clasificaciones que surgieron “a posteriori” -después que Plá y Couture escribieron su libro de 1951-, que tienen más interés actual.

e) La primera de esas clasificaciones nuevas sería, por ejemplo, la que divide a las huelgas por razones económicas y huelgas por motivos jurídicos.

La huelga por motivos jurídicos es aquella que se produce porque el empleador no cumple con determinadas obligaciones establecidas por ley: porque el empleador no paga el salario mínimo o porque no paga un aumento salarial decretado por el gobierno o convenido en un convenio colectivo.

La huelga por motivos económicos no parte de un incumplimiento jurídico, sino que pretende crear una nueva norma o una nueva situación, basándose en una razón de mérito o equidad, de hecho y no de derecho. El ejemplo típico de huelga por razones económicas es aquella que se efectúa para procurar un aumento de salarios. No se reclama el pago de un salario que se ha decretado, sino que se plantea un problema de mérito: “queremos más salario”. No se discute que el empleador está pagando lo que debe, jurídicamente. Simplemente se pretende un aumento por encima del nivel jurídico actual.

Hablando de las clases de huelga, es que Martins Catharino decía que la huelga podría tener un carácter funcional, como sería el caso de la huelga por motivos jurídicos.

f) Otra clasificación, que tiene en cuenta la finalidad de la huelga, en la que divide a las huelgas en reivindicativas y políticas.

La huelga reivindicativa es la huelga clásica, la típica, que se desarrolla por motivos estrictamente gremiales, estrictamente profesionales. Y dentro de esta forma clásica de la huelga, a su vez el ejemplo clásico es el de la huelga por la que se reclama un aumento salarial. La huelga reivindicativa es aquella que pretende una mejora de tipo gremial, profesional, para un sector gremial o profesional.

Pero frente a esta clase de huelga se da también la huelga política, es decir, en la que está dirigida en contra -o en pro- de un determinado acto de gobierno, o de un determinado gobierno, o que ostenta una finalidad claramente política.

La primera precisión es que, como decía Octávio Bueno Magano es difícil distinguir la huelga política de la meramente reivindicativa (como era difícil distinguir cuándo un sindicato estaba ejerciendo una actividad política y cuándo una actitud meramente gremial), porque la gran vinculación que hay entre lo social y lo económico hace que en muchos casos sea imposible determinar si esa huelga o esa actividad es política no.

La segunda precisión es que la doctrina moderna ha eliminado del concepto de huelga la exigencia de que posea una finalidad estricta o exclusivamente profesional o reivindicativa.

Además de éstas, existen otras clasificaciones que también tienen en cuenta la finalidad de la huelga.

g) Así, se distingue la huelga contra el empleador y la huelga contra el Estado. La huelga típica es la que se hace contra el empleador. Pero a veces, la huelga va dirigida contra el Estado o contra el gobierno. Es el caso de la huelga política.

h) También, en atención a la finalidad de la huelga, se distingue otra clasificación: las huelgas producidas por un problema propio de la empresa, o por un problema ajeno a la empresa.

i) También dentro de las clasificaciones de las huelgas atendiendo a su finalidad, ha surgido muy modernamente un nuevo tipo de huelga que los franceses han llamado “huelga de poder” (no sabemos si en el futuro se mantendrá esta denominación -que no es muy clara- o se le dará otra), y que es aquel tipo de huelga que tiene como objetivo obtener una cierta clase de decisiones que normalmente emanan del empleador, se adopten con participación sindical o con participación de los trabajadores. Lo que se procura es obtener una participación que los trabajadores o del sindicato en algo, que hasta ahora estaba reservado al empleador o al Estado.

j) Otra clase moderna e importante de huelga, es el de la huelga “salvaje”.

La huelga “salvaje” es aquella que se realiza contra la decisión del sindicato: el sindicato decide no hacer huelga, o dejar sin efecto, terminar, concluir una huelga, y sin embargo los trabajadores, miembros de ese sindicato, de todas formas continúan la huelga, de todas formas hacen la huelga. Desde el punto de vista estrictamente jurídico-formal, en nuestro Derecho el problema no se plantearía, porque *nuestro ordenamiento otorga la titularidad del derecho de huelga al gremio, y no al sindicato*. Pero en aquellos sistemas en que es el sindicato el titular del derecho de huelga, se plantea la licitud o ilicitud de esta llamada huelga “salvaje”.

k) Otra de las formas -o clases- modernas de huelga es la llamada “huelga de solidaridad”. La huelga de solidaridad es la decretada por determinado gremio, no por un problema propio de ese gremio, sino en apoyo a, o por solidaridad con otro gremio que está en conflicto.

Se ha discutido la licitud de la huelga de solidaridad, y al respecto se han dado varias posiciones, muy variadas, que sólo vamos a esquematizar.

Primero, hay quienes consideran que la huelga de solidaridad es ilícita en todo caso.

En segundo lugar, hay quienes dicen que la huelga de solidaridad es lícita si tanto el conflicto principal como el conflicto accesorio son lícitos, si ambos cumplen con los requisitos de licitud que rigen para cada uno.

Una tercera posición considera que la huelga de solidaridad es lícita si el conflicto principal es lícito: si el conflicto principal es lícito, la huelga de solidaridad vinculada con ese conflicto, también lo sería, por el criterio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. O sea que, según este enfoque, la única licitud que hay que estudiar es la del conflicto principal.

Y una cuarta posición, considera que la huelga de solidaridad es lícita si está plausible y directamente vinculada con el conflicto principal, es decir, si hay una vinculación real y no meramente ficticia, entre el conflicto de solidaridad y el conflicto principal. Por ejemplo: en el caso de una empresa con dos establecimientos que sufre un conflicto en uno de esos establecimientos, a raíz del cual se desata una huelga de solidaridad en el otro establecimiento, aunque el problema exista sólo donde se da el



conflicto principal, la huelga que se da en el segundo establecimiento, en apoyo a los compañeros del primer establecimiento, es lícita porque hay una vinculación clara, plausible, entre el conflicto principal y el accesorio. La misma situación se daría en el caso de dos empresas muy vinculadas comercialmente.

La tendencia actual es clara en el sentido de admitir la licitud de la huelga solidaria.

l) Junto a la huelga de solidaridad, se presentan dos modalidades muy próximas, y de gran interés: la huelga de solidaridad internacional y la huelga multinacional.

La huelga de solidaridad internacional es aquella que se da -como su nombre lo indica- trascendiendo fronteras: el sindicato o el gremio de un determinado país hace huelga apoyando al sindicato o gremio de otro país que está en conflicto. Esta es una actitud relativamente común en los obreros portuarios.

La huelga multinacional es, a su vez, una forma próxima a la huelga de solidaridad internacional. Se da en distintas filiales, o distintas sucursales, o distintas secciones, de una empresa multinacional.

*La huelga típica es aquella que implica una suspensión continua del trabajo por acto colectivo de los trabajadores, con finalidad reivindicativa y de protesta, concepto que deja al margen todas las formas atípicas de la huelga, que son aquellos casos de trabajo irregular o de alteración del trabajo normal: los paros intermitentes, o paros parciales, el trabajo a reglamento, o trabajo a desgano, etc.*

*El decreto 622/973, artículo 44, calificaba a todas estas formas atípicas de la huelga como conductas ilícitas; no las admitía como huelga, y además la consideraba ilícitas. La ley 13.720, en cambio, no pide nada al respecto, sino que sólo se refiere a requisitos formales: un preaviso, la posibilidad de que se haga una votación, etc.; no hay, en la ley 13.720, ninguna norma sustancial sobre el concepto de huelga, por lo cual parecería entonces, que admitiría las formas atípicas de la huelga.*

*Doctrinariamente, la posición mayoritaria actual es la de que, salvo el sabotaje que supone daño directo en objetos ajenos cualquier otra forma de lucha gremial puede ser vista como una manera de huelga. Esta es la posición actual de Plá Rodríguez. También la de Nicolliello, y la nuestra. También se pronuncia en este sentido el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En Uruguay el argumento decisivo es que el artículo 57 de la Constitución no distingue, por lo cual hay que estar a la definición doctrinal, la cual, además, no puede introducir limitaciones. Incluso se ha discutido si la ocupación de los establecimientos es una forma de huelga, y, por consiguiente, lícita, o no.*

*Según la doctrina prácticamente unánime del Uruguay, la ocupación es una forma de huelga, una de las modalidades de la huelga, una forma atípica de huelga.*

*La única condición que se exige para aceptar la licitud de la ocupación es que sea pacífica, que no implique violencia personal ni material. El decreto 512/966, sin embargo, autoriza el desalojo de establecimientos ocupados.*

m) Según la estructura de la huelga, según su ámbito de aplicación o ámbito de actuación, se habla de huelga de empresas cuando la misma se desarrolla solamente en una empresa, huelga de actividad cuando se desarrolla en todo un sector de actividad -por ejemplo, en la industria de la construcción-, huelga del sector profesional, cuando es una categoría profesional la que realiza la huelga (por ejemplo todos los carpinteros o los abogados), huelga nacional cuando es general, de todo un país, y huelga internacional, cuando rebasan las fronteras de un país.

Finalmente, sobre las distintas clasificaciones que hemos mencionado, hay que señalar que tienen una función conceptual, y, en algunos casos, jurídica -para determinar cuándo hay licitud de la medida y cuándo no- pero que no tienen nada que ver con la justicia o la injusticia de la huelga, lo cual es un problema axiológico, ni tampoco con el éxito o el fracaso de la huelga, porque la huelga justa y aun lícita puede terminar en un fracaso, y la huelga injusta y aún ilícita, puede terminar en un éxito, ya que éste -el fracaso o el éxito de la huelga- depende, en definitiva, del poder de negociación de las partes.

Ahora bien, profundizando un poco más aún, cabe consignar que, la flexibilidad de la producción, de la organización del trabajo y de la legislación laboral ha sido un tema muy frecuentado en los últimos años. Curiosamente -en verdad, no tan curiosamente-, las propuestas flexibilizadoras no se han dirigido a las normas restrictivas del ejercicio del derecho de huelga, que sigue sometido, en muchos países latinoamericanos, a reglamentaciones o jurisprudencias limitativas.

Paralelamente, también en los últimos años, se ha apreciado la aparición de nuevas modalidades de conflicto colectivo o la revitalización de formas atípicas de huelga<sup>20</sup>. *Ante una regulación restrictiva y ante una flexibilización del trabajo, los titulares del derecho de huelga flexibilizan su ejercicio asumiendo novedosas modalidades que procuran eludir las restricciones normativas y adaptar el conflicto al nuevo sistema productivo.*

---

<sup>20</sup> Huelga como conflicto: tipicidad y atipicidad: la huelga -principal manifestación e instrumento del conflicto- es un derecho, una facultad, una potestad equilibradora o compensatoria. Uno de los instrumentos de protección o tutela -en este caso autotutela- del Derecho del trabajo. De ahí su (aparente) atipicidad o heterodoxia, que deja de ser tal si se la ubica en la propia atipicidad o heterodoxia del Derecho laboral respecto de otras ramas del Derecho.

“La huelga es el instituto más atípico, de la parte más atípica, de la rama más atípica del Derecho”.

En este marco que acabamos de plantear, lo que aparenta atipicidad es, en verdad, el tipo, el principio. El principio, el objetivo, el fin, la razón de ser, la naturaleza de las cosas (de estas cosas) es el pluralismo, la autonomía, el conflicto, la protección o tutela, la autotutela, la huelga.

Por consiguiente, para ubicarse de manera conceptualmente correcta, es necesario no dejarse “encandilar” por ese primer “fogonazo” perturbador que nos hace sentir inseguros, incómodos, inestables ante una situación conflictiva. Porque en nuestra atípica parcela del ordenamiento jurídico, el conflicto es uno de los tipos; es normal; es el principio o la regla. Y a tal punto, que su principal manifestación e instrumento ha sido elevado al rango de derecho fundamental, reconocido en las Constituciones y Declaraciones internacionales.

La huelga, en particular, cumple esa función equilibradora, absolutamente indispensable para que las relaciones laborales -y en especial la negociación colectiva- sean posibles con un mínimo equilibrio de fuerzas.

*Esencialidad, naturalidad, funcionalidad, dinamismo y fertilidad del conflicto*, pues, son los conceptos a retener; tanto dentro de nuestra disciplina como fuera de ella; dentro, con mayor razón. Y no sólo del conflicto, sino de sus modalidades siempre renovadas y cambiantes, porque es natural o, al menos, inevitable, que un fenómeno así dinámico se manifieste de las más variadas formas y genere, permanentemente, nuevas modalidades.

Este es, nos parece, el (primer) criterio metodológicamente correcto, con el cual abordar el estudio de las (nuevas) modalidades de conflicto colectivo.

Otra cuestión es la de si nos encaminamos a una “sociedad postconflictual” o “poshuelguística” en la cual, por la desideologización, por el debilitamiento de los sindicatos y el fortalecimiento del sector empleador, por la penuria del empleo, se genera, en los trabajadores, una menor propensión a las medidas de lucha gremial y una disminución del número y extensión de las huelgas. Cabe preguntarse, también, en qué medida se recurre a otras formas de conflictividad. Es que la sociedad posmoderna estaría engendrando modalidades posmodernas de conflicto colectivo.

## 8A. Modalidades sindicales de conflicto colectivo

Las medidas de lucha usadas colectivamente por los trabajadores son sumamente variadas y se encuentran en constante cambio, razón por la cual, toda enumeración que se intente será irremediablemente incompleta.

Una primera forma de acción colectiva está constituida por los comunicados, murales, carteles o el uso de carteleras, distintivos, brazaletes, vinchas, etc.

En segundo término, pueden mencionarse las declaraciones públicas y conferencias de prensa.

En tercer lugar, las asambleas informativas, que ponen en juego importantes cuestiones jurídicas, como son, por una parte, sus vinculaciones con el derecho de los representantes de los trabajadores a ingresar al lugar de trabajo y con el derecho de reunión y de asamblea en el mismo.

Una cuarta forma de manifestación del conflicto es el silencio o su contrario, el ruido, ambos concertados y concentrados en un breve lapso.

En quinto término, las “sentadas”, “serpientes” o “trecitos” (recorridos por el local de trabajo en filas ondulantes formadas por trabajadores), mini-concentraciones internas, etc.

Los piquetes externos, fuera de la fábrica, a sus puertas, son una forma muy tradicional de conflicto colectivo en algunos países, especialmente anglosajones.

El “boicott” puede ser principal, inmediato o directo, cuando se dirige contra el empleador o secundario, mediato o indirecto, cuando trata de afectar a otras empresas suministradoras o compradoras. Un caso particular de combinación de huelga parcial y “boicott” se da en aquellos casos en que el personal que no está en conflicto con su empleador, detiene solamente aquellas actividades dirigidas a otra empresa que sí está en conflicto (no se despacha mercadería para ella, por ejemplo).

El “label” o etiquetado sindical forma parte, también, del amplio elenco de formas de acción sindical.

La no-colaboración, el trabajo a reglamento, la huelga de celo o “tortuguismo” (como se le denomina en Brasil), además de constituir una muy frecuente modalidad de conflicto colectivo, se relaciona con otras modalidades vecinas, como la negativa a trabajar horas extras o a realizar prestaciones personales a clientes o directivos que, aún sin ser obligatorias, normalmente se efectúan en el marco de la colaboración dimanante de la relación laboral en momentos no conflictivos.

La denominada “huelga de brazos caídos”, “huelga blanca” o “trabajo a desgano” podría diferenciarse de la anterior modalidad si supusiera una abstención o enlentecimiento superior al resultante de trabajar con celoso apego a los reglamentos y puede llegar a confundirse con la ocupación durante la jornada de trabajo.

En el extremo opuesto se da la denominada “huelga activa”, “hipertrabajo”, o “huelga al revés”, que consiste en incentivar exageradamente el ritmo de trabajo.

La ocupación de los lugares de trabajo es, también, una modalidad de ejercicio del derecho de huelga relativamente frecuente en situaciones de alta conflictividad, de peligro de pérdida de la fuente de trabajo o para evitar el abastecimiento a otra empresa en conflicto.

Particularmente actual, por las razones que se expondrán más adelante, es la “huelga relámpago”, de advertencia o simbólica: el mini-paro, de escasísima duración, por ejemplo,

un minuto, que en algún caso se ha llegado a proponer concretamente en Italia, como mera virtualidad (sciopero virtuale).

Esta modalidad de huelga virtual, simbólica o relámpago, constituye el puente, el tres-d'union, el punto de contacto entre las formas de huelga sin cesación del trabajo y aquellas otras modalidades de ejercicio del derecho de huelga con cesación del trabajo.

Además de la huelga tradicional o indefinida, con cesación del trabajo por tiempo indeterminado, se da, también, el paro o huelga por tiempo determinado (un día, unas horas, una hora, diez minutos).

Cuando se alternan paros más o menos breves con lapsos de trabajo, se da la huelga intermitente o como se la llama en Italia, “sciopero a singhiozzo” (huelga “con hipo”).

En la huelga turnante, rotativa o articulada, se suceden paralizaciones parciales que no afectan simultáneamente a toda la empresa ni a todos los trabajadores, sino que se concentran sucesivamente en diversos sectores. De tal forma, se para sucesiva o alternativamente en sectores del proceso productivo, de modo de obstaculizarlo con menos horas de huelga y manteniendo la disponibilidad de una parte importante de los trabajadores. Por ejemplo, en una empresa de transporte colectivo, paran primero las boleterías, durante cuatro horas; luego, por otras cuatro horas, los conductores; finalmente por otro lapso similar, el personal de limpieza y mantenimiento. No está demás destacar, como hace Sinay, que esta forma de huelga fragmentada constituye, de algún modo, la réplica del trabajo parcelado, característico de la sociedad industrial contemporánea.

La huelga neurálgica o huelga-trombosis, no es otra cosa que una huelga parcial, concentrada en un determinado sector, más o menos estratégico, cuya inactividad paraliza a otros.

La huelga parcial afecta a un solo sector, actividad o tarea de las múltiples que forman parte de la prestación laboral completa, que normalmente brindan los trabajadores. La huelga parcial puede paralizar una determinada sección o actividad de la empresa o de la rama afectada, o puede recaer sólo sobre una de las actividades personales del trabajador. A este último tipo, que es el más novedoso, pertenece la “huelga de bolígrafos” de los médicos españoles, que consiste en brindar la atención médica completa, pero absteniéndose de escribir los registros o fichas clínicas o de extender las recetas. De la misma clase son las “huelgas de corrección de exámenes” de los docentes italianos, que realizan la labor pedagógica en su plenitud, incluso tomando exámenes y absteniéndose, solamente, de corregirlos. Análoga es la huelga de cobro de pasajes, practicada en el transporte colectivo portugués, y que consiste en la abstención del cobro del billete, aunque el servicio de transporte se presta con normalidad, salvo que el empleador suspenda el servicio. En nuestra opinión, es a esta modalidad que pertenece la práctica sindical bancaria uruguaya consistente en no pagar o compensar cheques de un determinado banco.

## 8B. Modalidades patronales de conflicto colectivo

Por lo general, se presta menos atención y se atribuye inferior importancia a los medios patronales de conflicto, que a los usados por los trabajadores. Ello se debe a razones jurídicas y políticas. Jurídicamente, porque *en la dogmática del Derecho colectivo del trabajo, la autotutela forma parte de la protección de los trabajadores, lo que la legitima, al menos en principio, en tanto conjunto de acciones unilaterales de los trabajadores, de*

*finalidad equilibradora o compensadora. Las acciones patronales de conflicto carecen de esa función; más aún, la contradicen o limitan.* Políticamente, por otro lado, por diversas razones, aquel efecto perturbador que, a veces instintivamente, produce el conflicto, emana mucho más de las iniciativas sindicales que de las empresariales.

Por otro lado, sucede también que la mayor parte de las medidas patronales de conflicto forman parte de sus potestades “naturales” y consisten en el uso conflictivo de ellas, en su utilización como medida de presión: despido, sanciones disciplinarias, ascensos o promesas de ascensos, contratación o abstención de contratar, etc. Son pocas, en verdad, las medidas de conflicto patronal que poseen un perfil propio; son relativamente escasas las acciones patronales genéticamente conflictivas, es decir, que fueron creadas o inventadas como modalidades de conflicto, en vez de ser el uso o adaptación conflictiva de otras potestades reconocidas a diferentes efectos. Tal vez sólo las listas negras y el “lock-out” posean esa originalidad, autonomía o especialidad conflictiva.

De todos modos, los medios de presión o medidas de conflicto usadas por los empleadores y sus organizaciones son muy variadas, tal vez más que las de los trabajadores, debido, probablemente, a que en su mayoría se trata, como viene dicho, del uso conflictivo de muy distintas facultades patronales.

Con la intención de introducir cierta sistematización, pueden ensayarse algunas clasificaciones.

Una primera posibilidad es la de distinguir las modalidades patronales de conflicto según sean ejercidas por el empleador individual (medios de conflicto intraempresa) o por las organizaciones gremiales de empleadores (medios de conflicto extraempresa), según sean laborales o no laborales, y según sean lícitos o ilícitos.

Otro tipo de clasificación puede dividir los medios patronales de conflicto, según sean político-económicos, judiciales, de relaciones individuales de trabajo, o de relaciones colectivas de trabajo.

Así, entre los medios de conflicto de tipo político-económico, deben mencionarse el “lobby” político, el “boicott” (tanto el tradicional como los que suponen desvío de inversiones, especulación, agio) y la participación política (tanto la directa, que se da cuando empresarios, asesores o dirigentes empresariales asumen directamente cargos políticos, como la indirecta, a través de la financiación de candidatos o partidos real o aparentemente independientes).

Las vías judiciales también pueden ser utilizadas con una finalidad de presión sobre alguno de los otros actores del sistema de relaciones laborales (gobierno y trabajadores). Las acciones de amparo, los mandamientos o medidas cautelares (según los diferentes ordenamientos jurídicos), y los juicios de responsabilidad patrimonial por acciones colectivas de los trabajadores, son algunos ejemplos de uso alternativo (¿desviado?) de las vías procesales.

Entre los medios patronales de conflicto más típicamente laborales (podría calificárseles como “endolaborales”), cabe distinguir los que se dan predominantemente en el marco de las relaciones individuales de trabajo, respecto de los que operan preferentemente en el ámbito de las relaciones colectivas.

Entre las acciones conflictivas que utilizan mecanismos de Derecho individual del trabajo, se incluyen, en primer lugar, todas las formas de ejercicio del poder de dirección y de la facultad disciplinaria en el marco o en función de un conflicto colectivo: observaciones, intimaciones, suspensiones, etc., incluida la que se ha dado en llamar

“desviación productiva o financiera”, esto es, la amenaza de retirar o no instalar una planta o de retirar o no efectuar una inversión productiva.

Las listas negras suponen la posibilidad de despido, de denegación de ascensos o de no contratación de determinados trabajadores, como forma de acción colectiva patronal y ponen en juego el principio de no discriminación. Lo mismo sucede, en EE.UU., con los denominados contratos “yellow dog”, condicionados a la no afiliación o desafiliación sindical o a la abstención de la adopción de medidas colectivas. Más sofisticada es la utilización discriminatoria de los “tests” de evaluación para la selección del personal.

Entre los modos patronales de conflicto que operan preponderantemente en el marco de las relaciones colectivas de trabajo destácase, por supuesto, el tradicional “lock-out”, o cierre patronal, y todas las prácticas desleales y actos de injerencia. A ellas deben agregarse las ya mencionadas listas negras y contratación de sustitutos de los huelguistas. Recientemente, se han sumado nuevas modalidades que conviene reseñar. En los EE.UU., se registra la realización de “asambleas patronales” (reuniones del personal convocadas por el empleador con la finalidad de advertir sobre las eventuales consecuencias de un apoyo al sindicato o para difundir la posición del empleador en un conflicto), así como la realización de entrevistas simuladas de despido con carácter previo a la adopción de una decisión sindical. Los autores también subrayan, asimismo, el recurso frecuente, en el mismo país, a los servicios de empresas de asesoría antisindical.

Más interesantes, sin duda, son algunas prácticas europeas, sobre todo suecas, como las diversas modalidades de seguros patronales o ayudas mutuas ante los efectos de las huelgas. A veces se trata de fondos de seguros administrados por una confederación empresaria de cúpula (es el caso de la SAF sueca), que abona subsidios a las empresas que han sufrido huelgas perjudiciales. En otras ocasiones se trata de formas de asistencia mutua que, a partir del supuesto de que las pérdidas sufridas por una o varias empresas en una huelga suponen beneficios o ganancias para otras, ponen en funcionamiento mecanismos de compensación.

Desde otro punto de vista, más propio de las relaciones laborales que del Derecho del trabajo, es claro que cada vez más, en la actual situación de penuria del empleo, la presión del riesgo del desempleo (algunos llegan a hablar del “chantaje” del desempleo) opera como una importante presión del sector empleador sobre el sindical. Asimismo, en ese mismo marco, la simultánea difusión de las nuevas formas de organización del trabajo también opera debilitando la eficacia de algunas acciones sindicales y reforzando la posición patronal.

Otra cuestión, de la mayor relevancia jurídica -pero que por razones de tiempo y espacio no será objeto de este artículo-, es el de la licitud o ilicitud de cada una de las medidas patronales de conflicto.

De la mera enunciación que antecede, surge clara la ilicitud de varias de esas modalidades y la duda respecto de la de otras. Algunas de estas formas de acción empresaria plantean el problema de la delimitación del acto antisindical respecto de la lícita defensa de intereses. En todo caso, debe tenerse en cuenta la asimetría entre las medidas de acción sindical -funcionales a la finalidad del Derecho del trabajo y por eso reconocidas constitucionalmente y en las Declaraciones internacionales-, y las medidas patronales de conflicto.

Por estas razones, las páginas que siguen vuelven a concentrarse en las modalidades sindicales de conflicto, es decir, en las medidas de conflicto utilizadas por los trabajadores, y especialmente a las denominadas “formas atípicas” de huelga.

#### 8C. Efectos de las nuevas formas de organización del trabajo sobre las modalidades sindicales de conflicto colectivo

Desde hace ya un buen lapso, se viene constatando en Uruguay -igual que en todo el mundo-, una expansión de las formas atípicas de huelga, de tal forma que se puede decir que “las formas del conflicto colectivo se orientan cada vez más hacia las denominadas huelgas atípicas, y aún que en esta materia, “lo típico se ha vuelto atípico y viceversa”.

Muchas razones explican este fenómeno; pero de ellas, dos son las que interesa destacar en esta ocasión.

La primera está referida por los autores recién citados: se trata, por parte de los trabajadores, de maximizar el efecto de la huelga y minimizar su “costo”, es decir, los perjuicios que puedan sufrir los huelguistas, especialmente en materia salarial.

Pero la segunda razón a desarrollar aquí, tiene que ver con las transformaciones en la organización del trabajo: la “posmodernización” y flexibilización empresaria tiene su correlato en la “posmodernización” y flexibilización de las medidas de autotutela.

Se ha dicho que los avances científicos y tecnológicos, así como las nuevas formas de producción, sumados a la reducción de los efectivos sindicales, determinan una renovación de las modalidades de ejercicio de la huelga para que este derecho pueda seguir cumpliendo la función equilibradora que le compete, ya que de lo contrario, aquellos cambios podrían vaciar de contenido a la noción de autotutela.

Las nuevas o renovadas formas atípicas de huelga son, en buena parte, adaptaciones de la autotutela al aparato productivo sobre el que pretende operar. Flexibilización de los medios de conflicto ante la flexibilización de la producción y el trabajo.

Como se ve, debilitación y cuestionamiento de la huelga típica. Pero por otra parte, todo esto revaloriza la “publicidad externa” o “visibilidad” del conflicto. Importa, ahora, el “marketing” de la huelga. Lo importante no es ya (o no lo es solamente) la paralización de la producción, sino la ostentación de una disidencia. La ostentación de la divergencia, la publicitación del conflicto puede ayudar, por una parte, a posicionarse mejor ante la opinión pública, pero por otra parte golpea directamente en dos partes sensibles de la gestión empresarial de estos días: a) afecta, por un lado, la imagen corporativa, cara a las modernas empresas; y b) cuestiona, por otro lado, la existencia, viabilidad o mantención del involucramiento de los trabajadores en los fines y propósitos de la firma.

Esta constatación de que la suspensión total del trabajo pierde eficacia y levanta resistencias, concomitante al descubrimiento de que la imagen de la empresa puede ser un flanco débil de la contraparte, ha llevado a la invención de nuevas modalidades de conflicto colectivo, a la reformulación de otras, adaptándolas al nuevo escenario, y a la revalorización de otras que ahora parecen cobrar nueva eficacia.

Pasemos revista a algunas de estas nuevas o renovadas formas de conflictividad.

#### 8D. Nuevas o renovadas formas de huelga

Una de las formas de conflicto que se han extendido y revalorizado en el nuevo contexto, es la denominada huelga japonesa o huelga a la japonesa: el uso de vinchas, brazaletes o distintivos, como forma de exteriorizar la situación, especialmente por parte del personal que está en contacto con el público.

Algo similar puede decirse respecto de las concentraciones, marchas o manifestaciones, que vienen siendo reformuladas y adaptadas. Ya no tienen por qué realizarse ante la sede de la empresa (“piquetes de masas”), sino que adoptan nuevas formas, que apuntan, más bien, a afectar la imagen de la contraparte ante la opinión pública.

Algunos ejemplos, todos recientes, pueden resultar ilustrativos. En Argentina, la “carpa docente” instalada ante el Congreso, durante casi tres años, hasta el 31 de diciembre de 1999, constituyó una de las exteriorizaciones conflictivas de mayor impacto social y de opinión pública. Sin afectar la normalidad de los cursos, la carpa -por la cual pasaron expresando su solidaridad y apoyo las más destacadas personalidades del país-, afectó, sí, la imagen del gobierno y de las autoridades de la educación.

En Uruguay, el cuerpo de ballet realizó presentaciones públicas en una plaza céntrica, en 1999, como medida de conflicto. Análogamente, en los últimos años, pudo verse, en Santiago de Chile, a la orquesta sinfónica municipal, ejecutando en la vía pública tanto piezas “serias” como otras notoriamente irreverentes, cómicas o burlescas, frente a las oficina de la autoridad municipal con la cual se estaba en conflicto.

En la misma ciudad pudo, más tarde, verse una concentración de azafatas de una línea aérea, impecablemente vestidas con sus elegantes uniformes, pero encapuchadas.

Otra variante se concentra en la prensa: se trata de ocupar el espacio simbólico del adversario en su publicidad y en su imagen mediática. Avisos en televisión sobre la situación de conflicto o más originalmente, en el tablero electrónico del Estadio Centenario, en Montevideo, en un partido de fútbol internacional en el que jugaba un equipo de la misma nacionalidad que la casa matriz de la empresa en conflicto.

Otra modalidad conflictiva centrada en la imagen y la opinión pública, que converge ya con la huelga típica, es la huelga o paro de cortísima duración: entre uno y cinco minutos. Evita el costo y la eventual ilegalidad o la declaración de esencialidad, pero produce el ansiado efecto-demostración. El más importante: la difusión de la noticia. Se trata de la “huelga-acontecimiento”, tal vez la modalidad más posmoderna de huelga: ésta ya no es un gran sacrificio épico, una larga batalla, sino un mero acontecimiento mediático; importa más la presentación que de ese acontecimiento hacen los medios, que la realidad. Tan es así, que la forma más extrema de esta “mini-huelga para la prensa”, es la propuesta de “huelga virtual” que se discute en las esferas sindicales italianas.

En definitiva, esta modalidad de conflicto, en la cual la huelga se limita a su discusión mediática, se corresponde con lo que se ha denominado “el paso del espacio histórico al espacio publicitario”. Rapidez que lleva a la trivialidad y a la pérdida de significado. No hay historia: sólo actualidad. Nadie está “haciendo historia”, sino sólo viviendo un presente cada vez más efímero.



Si es así, ¿por qué la huelga debería escapar a esta posmodernidad? Y ya con algo de perspicacia: ¿por qué quienes construyen, promueven o festejan esta realidad, quieren cerrarle sus puertas a la huelga? O dicho de otro modo: si se admite la flexibilidad, descentralización y desarticulación de la organización del trabajo ¿cómo rechazar la flexibilización de la autotutela?

Un párrafo aparte merece otra renovada (pero no nueva) modalidad de ejercicio de la huelga, que viene siendo revitalizada, pero no ya enfocando a la imagen, la publicidad y la opinión pública, sino apuntando, “como antes”, al proceso de producción, aunque adaptándose a las modernas técnicas productivas. Se trata de la huelga neurálgica, articulada, o selectiva que revela una buena adaptabilidad a la automatización.

En efecto, en los procesos altamente automatizados se puede “descomponer” la totalidad de las prestaciones que integran el servicio, para así “aislar” algunas de ellas durante el conflicto. Se paralizan unas y se preserva el funcionamiento de otras.

Es una especie de aplicación analógica y a veces “a contrario” de la técnica del servicio mínimo en los servicios esenciales, que hasta entonces sólo se había aplicado al trabajo humano. En efecto, para preservar la continuidad de los servicios esenciales ante la huelga, se establece la obligación de mantener determinados servicios mínimos. En la huelga selectiva, sólo participan aquellos trabajadores necesarios para afectar un determinado servicio especial, dejando laborar al mayor número posible.

En este marco puede inscribirse toda forma de huelga neurálgica, selectiva o parcial, que afecte sólo a un servicio o sección o posición estratégica. Pero a él se vinculan también, las modalidades ya mencionadas, que sólo suspenden o alteran una de las prestaciones del trabajador, como la “huelga de bolígrafos”, la “huelga de corrección”, y la abstención de pagar o compensar cheques de un determinado banco.

En todo caso, estamos ante una constatación práctica pero también teórica: ha habido un gran progreso en la extensión de los objetivos de la huelga, pero relativamente limitada, en su ejercicio, a la capacidad de trabajar. Lo que está sucediendo ahora es que la modalidad de ejercicio de la huelga se está diversificando para abarcar las nuevas formas de *organización técnica del trabajo*.

Todo esto lleva a Baylos, a quien hemos seguido en esta parte, a concluir que es necesario resolver la contraposición entre lo viejo y lo nuevo de la producción, del trabajo y del conflicto, por la vía de la admisión de que la huelga introduce *una excepcionalidad temporal o transitoria en la normalidad productiva*. Conclusión totalmente compartible, pero cuya fundamentación nos traslada a considerar la caracterización de las formas atípicas de la huelga y su relación con la definición o concepto de huelga.

#### 8E. Caracterización jurídica de las formas atípicas de la huelga

Dos son las cuestiones que plantean -desde el punto de vista jurídico-, estas nuevas o renovadas modalidades de conflicto colectivo: a) ¿son -o no- formas de ejercicio del derecho de huelga?, y b) si no son huelga, ¿qué son?, ¿cuál es su régimen jurídico?

#### 8F. Las modalidades de conflicto colectivo como formas (atípicas) de huelga

La determinación de si ciertas modalidades de conflicto colectivo son, o no, formas (atípicas) de ejercicio de la huelga, o sea si son, en definitiva, huelgas, pasa por la consideración de algunas de las técnicas jurídicas de limitación y de delimitación del derecho de huelga, las más importantes de las cuales son la definición de la huelga y la aplicación a ella de la noción de abuso del derecho.

A continuación se abordan, breve y sucesivamente, la *definición* de la huelga, la aplicación a ella del *abuso del derecho*, y los *pronunciamientos de los órganos de control de la OIT* sobre las formas atípicas de huelga. Luego de ello, se procurará determinar la *caracterización jurídica de aquellas modalidades de conflicto colectivo que no son huelga*.

*La definición de la huelga* ha sido una de las vías de limitación de la huelga. En su momento sostuvimos, siguiendo a Monteiro Fernandes, que en esta materia “definir es limitar”. Ahora, y con especial referencia a las formas atípicas de huelga y las nuevas modalidades de conflicto, nos parece que dicha máxima podría formularse, también, con la expresión “definir es excluir”, ya que el efecto -y a menudo el objetivo- de muchas definiciones estrictas de la huelga, es el de excluir a ciertas modalidades de conflicto, del concepto de huelga. En efecto, “la mayor parte de las veces que alguien se ocupa de la huelga, es para decir que se han excedido o respetado sus límites”. Ello se debe, por una parte, a la rígida y restrictiva regulación legal y/o jurisprudencial del derecho de huelga, y por otra, al prejuicio ante el conflicto, antes referido<sup>60</sup>, el cual recurre, permanentemente, a la definición estrecha de la huelga, como forma de limitarla y así excluir a más modalidades conflictivas.

Así es que Natoli estigmatiza tanto la preocupación de doctrina y jurisprudencia por lo que denomina “la caza del límite”, que pretende reducir la huelga a una especie de deporte sujeto a reglas que la hagan inofensiva, como el uso de la técnica definitoria, que es un instrumento destinado a reducir el ámbito de la huelga “normal” y descalificar o excluir a las huelgas “anormales” o “anómalas”. En general, las definiciones teóricas o a priori de la huelga, suponen literal y sustancialmente, un preconceito, un prejuicio, generalmente negativo, ante el conflicto colectivo. Para salir del prejuicio y entrar en una concepción acorde con la funcionalidad y normalidad del conflicto, es necesario liberar a las modalidades de huelga de las cadenas definitorias, pasar de la consideración de los supuestos límites internos a la de los límites externos<sup>64</sup> y proceder al análisis caso por caso de cada modalidad.

El rechazo de la técnica definitoria, propio de la jurisprudencia y la doctrina italiana, es postulado también por *Ricardo Mantero, quien propone prescindir de una definición apriorística de la huelga, inevitablemente ideológica, y remitir la concepción de huelga, a partir de la regla interpretativa prescrita por el art. 18 del Código Civil uruguayo, al sentido natural y obvio que le dan quienes habitualmente usan el término, lo cual coincide, conceptualmente, con la idea de que corresponde a los trabajadores definir el ámbito de la huelga así como los intereses a proteger con ella*, de conformidad con la fórmula contenida en el art. 59 de la Constitución portuguesa, y en la parte inicial del art. 9 de la brasileña.

A favor de esta propuesta puede citarse una reflexión de Plá Rodríguez, en el sentido de que “en esta materia, la vida no corre en vano. La experiencia enseña que hay un dinamismo natural derivado de la búsqueda de la eficacia de los instrumentos de lucha que se crean, se modifican, se transforman, se perfeccionan, siempre en procura de una mayor

eficiencia”, lo que le lleva a sostener que “salvo el sabotaje -que supone daño directo en objetos ajenos- y las formas que se le asimilen, cualquier otra forma de lucha puede ser mirada como una manera de huelga”. Demás está decir que esta reflexión se ve confirmada por la constatada tendencia a la diversificación de las modalidades de ejercicio de la huelga.

*En Uruguay, la huelga es un derecho reconocido por la Constitución y no existe una definición legal. La definición y la delimitación quedan, así, en manos de la doctrina, a la que se le abren dos posibilidades: prescindir de una definición apriorística o elaborar una definición amplia. En Brasil, la Constitución tampoco define a la huelga, aunque prevé la posibilidad de que sea ejercida con abuso.*

*La prescindencia de una definición “a priori”, como se dijo, es la solución propugnada y fundamentada por Ricardo Mantero, que remite a la práctica, de conformidad, asimismo, con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia italianas: será huelga lo que sus titulares -el sindicato o el colectivo de trabajadores en conflicto-, asuma como tal en el marco de un conflicto colectivo de trabajo.*

La alternativa es la formulación de una definición amplia de la huelga, la que, aún a pesar de su amplitud, debe ser manejada “con pinzas” ya que siempre será tentativa y provisional. Siempre correrá el riesgo de quedar desactualizada, superada por el ya reiteradamente mencionado dinamismo que se da en esta materia.

La amplitud de una eventual definición de la huelga viene impuesta, en primer lugar, por la propia Constitución, que tanto en Brasil como en Uruguay, incluye a la huelga, sin definirla, en la parte dedicada a los derechos fundamentales. *La Constitución no crea ni concede el derecho de huelga. Reconoce su existencia. En este marco, toda definición corre el riesgo de resultar restrictiva y dar razón a las sentencias de que “definir es limitar” o “definir es excluir”.*

Esa eventual definición de la huelga, de existir, debe ser amplia, también, para dar cuenta de esa natural evolución de las cosas, en el sentido de una constante diversificación de las modalidades utilizadas.

La definición de la huelga, de existir, debe ser amplia, asimismo, para permitir la adaptación flexible de los medios de acción colectiva a los cambios flexibles del aparato productivo, única manera de que la huelga pueda mantener, en la sociedad posmoderna, su función equilibradora y de autotutela.

Ahora bien, una definición amplia de la huelga debe prescindir, por una parte, de la imposición de fines u objetivos, y por otra, no puede circunscribirse al carácter suspensivo de la relación laboral. La definición de la huelga como mera suspensión, excluye todas las modalidades que no suponen suspensión del trabajo. En este marco, nosotros mismos *hemos propuesto definir a la huelga como toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta, o como alteración colectiva del trabajo con finalidad de autotutela.* Coinciden en este sentido las definiciones que atribuyen a la huelga la introducción de una alteración de la habitualidad productiva, o de una excepcionalidad transitoria de la normalidad productiva, así como las que la conceptualizan como “todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción”.

Todas estas definiciones amplias, al prescindir del efecto suspensivo de la huelga, substituyéndolo por el de la alteración o perturbación de la normalidad productiva, permiten incluir en el concepto de huelga a varias de las denominadas formas atípicas. Tienen así, un efecto inclusivo; evitan la exclusión. Prescinden también, de entrar en el detalle del

elemento finalístico, concentrándolo solamente en la noción de autotutela, con lo cual evitan que la limitación o la exclusión se produzca a través del cercenamiento de los objetivos de la huelga. Esto se relaciona con el concepto de huelga abusiva.

Por eso nos parece restrictiva, a diferencia del texto constitucional, la definición del art. 2 de la ley 7.783/89 del Brasil. Esta disposición, a diferencia de la Constitución, se inscribe en la discutible tradición latinoamericana de reglamentación rígida y restrictiva del derecho de huelga.

El abuso del derecho ha sido otra técnica limitativa del derecho de huelga, tendiente a excluir de su ámbito a la huelga desencadenada con ciertas finalidades, o a las modalidades -más o menos atípicas- que producen un daño desproporcionado con el sacrificio de los huelguistas.

Desde el punto de vista dogmático -prescindiendo de normas expresas de Derecho positivo que puedan existir en algunos países-, no parece que el abuso del derecho sea una técnica válidamente utilizable para limitar el ámbito de licitud del ejercicio del derecho de huelga, al menos en la mayor parte de los casos, tal como hemos intentado demostrar anteriormente.

Ni la finalidad dañosa -que es ínsita al normal ejercicio del derecho-, ni la falta de proporcionalidad entre el daño causado y el sacrificio de los huelguistas, son elementos suficientes para descalificar la licitud de una modalidad de huelga por abusiva, lo que sólo conduciría a esterilizar la eficacia de la medida. Por el contrario, una cierta desproporción es absolutamente coherente a la finalidad equilibradora de la huelga. Una forma de huelga en que su eficacia fuera equivalente al “sacrificio” asumido, carecería de eficacia. No hay espacio, pues, en el derecho de huelga, para la proporcionalidad, ni -casi- para el abuso del derecho.

La recepción, como modalidades de ejercicio del derecho de huelga, de una amplísima gama de las denominadas formas atípicas de huelga, ha sido sostenida también por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. La importancia de sus pronunciamientos, debida al prestigio de estos órganos de control, se acrecienta en el caso uruguayo, ante la ausencia de definición legal del derecho de huelga.

Como bien se sabe, el Comité y la Comisión han sostenido, en varias ocasiones, que “las modalidades del derecho de huelga tales como la huelga de brazos caídos, las huelgas de celo, el trabajo a ritmo lento o la ocupación de la empresa o del centro de trabajo (...), sólo podrían ser limitadas en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica”, posición que se extiende, igualmente, a los piquetes.

*Así, los órganos de control de OIT practican una amplia recepción de las diversas modalidades de ejercicio de la huelga, imponiendo como límite, sólo el carácter pacífico de las medidas en cuestión.*

## 8G. Caracterización jurídica de las modalidades de conflicto que no son huelga

Surge de todo lo expuesto, que la mayor parte de las medidas de conflicto colectivo son catalogables como formas de ejercicio del derecho de huelga. Ahora bien. Las que no son huelgas y se dan fuera de ellas, ¿qué son?

Se trataría de medios de acción sindical cuya licitud se basa en la consagración constitucional de la libertad sindical y en los Convenios internacionales del trabajo núms. 87 y 98. Más aún, el cap. III de la recomendación núm. 143 de la OIT prevé, a texto expreso, medidas de acción sindical tales como el libre acceso de representantes sindicales a los locales de trabajo, el cobro de cuotas sindicales en ellos, el uso de carteleras, y la distribución de folletos, publicaciones y documentos.

*Por supuesto, por amplio y evolutivo que sea el concepto de huelga, el mismo no absorbe todas las posibles formas de acción sindical y de medidas de presión. Las no calificables como huelga, son formas de ejercicio de la actividad sindical, en el marco de la Constitución y de las normas internacionales.*

Pero en todo caso, no sería de extrañar que conductas hoy consideradas ajenas a la huelga, pronto se identifiquen con ésta, o que actividades gremiales que hoy podrían ser vistas como excesivas o aún ilícitas, mañana sean vistas como naturales manifestaciones de acción sindical.

#### 9. Determinación de las normas de Derecho positivo actualmente vigentes en Uruguay en materia de huelga

Sin duda, rigen los artículos 57 y 65 de la Constitución. Y regiría también la ley 13.720, en sus artículos 3 inciso f, 4 y 5, sin perjuicio del artículo 8 de la ley 12.590, y del artículo 4, lit. b, del derectoley 15.180. Entendemos que esa es la solución correcta.

Parece claro entonces que actualmente, no solamente por una razón de jerarquía de las normas, sino también por una disposición expresa del legislador incluida en el decretoley 14.791, las normas legales vigentes en materia de huelga, serían los artículos 3, 4 y 5 de la ley 13.720, en lugar del decreto 622/973.

Si esto es correcto, el procedimiento actualmente vigente para realizar una huelga de acuerdo a la ley, sería el previsto en la ley 13.720 siempre que éste no resultara inconstitucional, según lo ya adelantado.

En primer término, debe efectuarse una comunicación al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con siete días de anticipación.

Tratándose de servicios públicos estatales o no, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede -no necesariamente debe- dentro de los cinco días posteriores a la comunicación, resolver fundadamente cuáles servicios esenciales deberán ser mantenidos por turnos. El Ministerio determina, en ese caso, que ciertos servicios esenciales deben mantenerse en funcionamiento, con un régimen de turnos. A su vez, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede someter a votación secreta la adopción de la huelga, o la aceptación o rechazo de las fórmulas conciliatorias eventualmente propuestas. O sea que el Ministerio eventualmente puede proponer fórmulas conciliatorias y someter a votación secreta la aceptación o no por parte de los huelguistas de esas fórmulas conciliatorias. De la misma forma que puede someter a una especie de plebiscito, por votación secreta, la decisión de continuar la huelga o dejarla sin efecto.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social también puede, de oficio o a pedido de una organización profesional representativa, solicitar la intervención de la Corte Electoral en la votación respectiva. Este es un aspecto menor, formal, acerca de quién controla la votación, en caso que se realice.

Este es el régimen legal vigente. Lo que se adapte a esto, sería huelga lícita; lo que no se adapte, podría ser considerado huelga ilícita.

La duda radica en la constitucionalidad de este mecanismo, que ha sido discutido por varios autores, porque se entiende que aquí hay una especie de arbitraje obligatorio, al otorgarse al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la facultad de someter una fórmula conciliatoria que obligatoriamente debe ser considerada, y aprobada o rechazada.

Plá y Couture entendían, ante un texto muy similar (el de la ley 10.913), que ese tipo de disposición era inconstitucional.

Este sistema de arbitraje obligatorio sería inconstitucional si con él se llegara a la destrucción o al aniquilamiento del derecho de huelga”.

Existiendo el texto constitucional, parecería que no se puede dejar de reconocer el derecho de huelga a ningún tipo de trabajador, ni a través de procedimiento alguno.

Por consiguiente, de acuerdo a lo expuesto, concluimos que las normas vigentes en nuestro país en materia de huelga son los artículos 57 y 65 de la Constitución y los artículos 3 lit. f, 4 y 5 de la ley 13.720, sin perjuicio de las dudas existentes sobre la constitucionalidad de algunos aspectos de esta ley, y de la vigencia -no discutida- del artículo 8 de la ley 12.590 y el artículo 4 lit. b, del decreto-ley 15.180.

Ahora bien, para el caso de admitirse la constitucionalidad de los artículos 3 f, 4 y 5 de la ley 13.720, quedaría por determinar cuáles son las consecuencias de que -de conformidad con tales disposiciones- una huelga sea considerada ilícita. Esto podría suceder por omisión del preaviso o por paralización del trabajo en sectores esenciales en los cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hubiere dispuesto el mantenimiento del servicio en régimen de turnos.

El problema, que ha suscitado varias elaboraciones, está dado por la circunstancia de que la ley 13.720 no prevé sanción alguna para la “huelga ilícita”, disponiendo solamente que “en caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podría disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes”. Pero:

a) No se determinan cuáles son éstas; y

b) Por otra parte, esta disposición no se aplica a la “ilicitud” por falta de preaviso, ni a la interrupción de servicios esenciales.

Estas circunstancias han determinado que la doctrina nacional sostuviera que encontrándonos ante una norma sin sanción, y en atención a los principios “nulla poena sine lege”, protector, y de libertad sindical, la omisión del preaviso sería prácticamente intrascendente, aún careciendo de una sanción específica -la que no puede ser creada por el intérprete-, tendría por efecto el determinar que el trabajador que ha suspendido la prestación de trabajo en esas condiciones no está ejerciendo el derecho de huelga, sino que simplemente estaría faltando injustificadamente a sus tareas, lo cual habilitaría al empleador, o bien a sancionar disciplinariamente tal inasistencia, o bien a intimar el

reintegro al trabajo, bajo apercibimiento de considerar que se ha hecho abandono del trabajo. Plá entiende que este tipo de interpretación “importa evidentemente una sanción”, “en cierto modo la más grave, porque le quita al fenómeno gremial el carácter de tal, privándolo de su sustancia fundamental, descaracterizándolo, descalificándolo”, razón por la cual, rechaza tal posibilidad: “a la falta de sanción -dice-, no puede corresponder la sanción más grave”. Y concluye: “Aunque parezca perogrullesco, la falta de sanción prevista sólo puede tener una consecuencia: la ausencia de sanción aplicable. Si el legislador no estipuló sanción, el juez no puede establecer sanción. La conclusión no puede ser más clara” ... “El intérprete no puede crear sanciones” (Huelga o lock-out no comunicados a la COPRIN, cit.).

Finalmente, en cuanto a los efectos de la huelga lícita (y aún de la afectada de una ilicitud intrascendente, según la tesis recién expuesta) sobre la relación individual de trabajo, la ley 13.720 no contiene previsión alguna, por lo cual es necesario remitirse a lo que acabamos de exponer y a lo señalado con anterioridad.

## VI LA HUELGA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO DEL TRABAJO

### 1. Conceptos básicos

Dicho de una manera muy esquemática, muy simple, pero no por ello falta de realidad, la sociedad, la sociedad civil, la sociedad global, puede ser imaginada de dos maneras: como un todo unitario sin fisuras, absolutamente unánime, pulcro, en el cual hay un solo interés, del que todos forman parte, interés que es representado de manera perfecta por el Estado; sociedades absolutamente lineales, en las cuales el conflicto es una anomalía, una patología, que por consiguiente debe ser eliminada. Frente a esta concepción que deja muy poco espacio, o ninguno, para el derecho de huelga, hay otra concepción que es una concepción pluralista de la sociedad, que parte de la constatación de que la sociedad no es un todo único, absolutamente armónico y absolutamente uniforme, sino que la sociedad, en la realidad de los hechos, está compuesta por múltiples grupos, que van surgiendo y se van formando autónomamente, más o menos espontáneamente. Grupos que se forman por razones deportivas, políticas, religiosas, productivas, están los grupos que se forman por razones productivas, están los grupos laborales: empleadores y trabajadores.

Esto grupos, los grupos profesionales, tanto como los otros, los políticos, religiosos, ideológicos, deportivos, culturales, etc., que se forman espontáneamente, tienen a menudo intereses distintos, intereses contrapuestos, y si esto es así, es natural que haya un conflicto y es natural que hayan determinadas medidas de canalización del conflicto. El derecho de huelga es una de ellas, y es *en esta concepción pluralista de la sociedad que la huelga hace su aparición como un derecho que hoy, como veremos luego, está reconocido como un derecho fundamental.*

*Desde el punto de vista jurídico laboral, esta concepción pluralista (y consecuentemente conflictiva) de la sociedad, supone tres nociones centrales.* Una de ellas, es la de *autonomía sindical*, e implica el reconocimiento de que si existen grupos autónomos, espontáneamente formados, con intereses propios y a veces contrapuestos, ellos deben tener autonomía sindical. La segunda noción básica es la de *autonomía colectiva*; la idea de que estos grupos pueden llegar a autorregularse y a regular sus relaciones mutuas a través de la negociación. En nuestro campo, el Derecho del trabajo, la negociación colectiva es la principal manifestación y el instrumento central de la autonomía colectiva. La tercera idea que deriva de toda esta concepción, es la idea de *autotutela*: la idea de que estos grupos autónomamente formados, autónomamente estructurados, que negocian autónomamente para regular sus relaciones, tienen el derecho de autoproteger sus intereses; y el derecho de huelga es la medida clásica de autoprotección o autotutela de los intereses



de los trabajadores, a los cuales este derecho les es reconocido para equilibrar el mayor poder de la contraparte.

Respondiendo a esta concepción, es que la doctrina laboral latinoamericana, entre otras, pero fundamentalmente la latinoamericana, ha hablado de *la triangularidad del Derecho colectivo de trabajo*: las relaciones colectivas de trabajo se basan en tres pilares centrales: la *libertad sindical*, la *negociación colectiva*, y el *derecho de huelga*. Inclusive la propia OIT, que no maneja este criterio de triangularidad, hace un razonamiento diferente a través del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, pero que llega al mismo resultado: parte de una sola noción, no de tres, la noción de la libertad sindical no es solamente el derecho a constituir sindicatos obreros o patronales, sino además, el derecho de actuar sindicalmente; y en la acción sindical hay dos instrumentos que se consideran centrales y prácticamente irrenunciables, que son la negociación colectiva y el derecho de huelga. Así, en definitiva, se llega a una triangularidad similar, a partir de la noción de libertad sindical, considerando que hay dos componentes propios de la idea de libertad sindical que son esenciales a ella: negociación colectiva y derecho de huelga. Este es, muy brevemente, el panorama conceptual básico en el cual se inserta el derecho de huelga, y en función del cual el derecho es esencialísimo a la libertad sindical y/o al Derecho Colectivo de Trabajo: pluralismo, conflicto del Derecho Colectivo Laboral o de la propia libertad sindical.

## 2. La huelga en las declaraciones y normas internacionales

El derecho de huelga ha sido reconocido internacionalmente por innumerables instrumentos: por Declaraciones internacionales de derechos, en particular por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas del año '66, pero a su vez, en múltiples Declaraciones americanas que no es del caso reseñar en detalle ahora, en la Carta Social Europea, etc.

*Hoy en día no se discute en la doctrina más avanzada ni en estas declaraciones internacionales, que el derecho de huelga es uno de los derechos sociales básicos: como tal, forma parte del elenco esencial de los derechos humanos.* En cuanto a las normas internacionales emanadas de la OIT, es una afirmación común la de que no hay normas internacionales de la OIT sobre el derecho de huelga. Esta afirmación es correcta si se refiere a convenios internacionales de trabajo, pero hay, sin embargo, una norma internacional del trabajo dictada por la OIT, la recomendación N° 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, que contiene una disposición que implica una consagración indirecta pero muy tajante del derecho de huelga. Esta recomendación, luego de regular con cierto detalle la conciliación del arbitraje voluntario, contiene un último párrafo que dice que ninguna de las disposiciones que anteceden podrá interpretarse ni aplicarse de manera alguna que signifique menoscabo del derecho huelga, lo cual, con la sola advertencia de que los medios de solución de conflictos colectivos no deberán en ningún caso menoscabar el ejercicio del derecho de huelga, está proclamando el reconocimiento de este derecho. Por otra parte, también en el ámbito de la OIT, la interpretación del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, es la mencionada hace un momento, esto es, la de que el concepto de libertad sindical implica necesariamente el de negociación colectiva y el de derecho de huelga: así es que entre los

pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, encontramos un número importante de resoluciones sobre violaciones a la libertad sindical referidos específicamente a la huelga. Más aún, y para terminar este aspecto internacional, hay que señalar que estos mismos organismos, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, han elaborado inclusive una noción sobre huelga, utilizando la terminología de “recurso a la huelga”. Para no entrar en la discusión sobre la naturaleza jurídica de la huelga (hecho, acto o derecho; si derecho, ¿es un derecho potestativo, facultativo, o de qué clase?), se ha utilizado últimamente por el Comité de Libertad Sindical, no la expresión “derecho de huelga”, sino la expresión “recurso a la huelga”, sobre la base de que, siendo éste un derecho esencial pero particularmente ligado a la realidad, importa analizar (sea cual sea la forma en que esté reglamentado o que no esté reglamentado), si en cada realidad los trabajadores pueden recurrir a la huelga con facilidad y con eficacia o no. Partiendo más bien del análisis de los resultados, se puede luego agregar una variable pragmática al juicio sobre si el régimen nacional correspondiente es respetuoso o no, del derecho huelga: si en los hechos los trabajadores pueden “recurrir a la huelga” con razonable facilidad y eficacia, podría presumirse que el derecho de huelga es respetado, y viceversa.

### 3. La huelga en las constituciones

Para ingresar al análisis comparado de los Derechos nacionales, una de las primeras cosas que se puede hacer, es analizar cómo se trata la huelga en las Constituciones, dado que obviamente, las constituciones son la pieza jurídica central de cada país y se supone que reflejan lo que podríamos llamar la *conciencia jurídica nacional* en un momento determinado en cuanto los derechos más importantes. Hay dos grandes tipos de tratamiento constitucional de la huelga, los cuales, a su vez, se subdividen en varios subtipos: un gran grupo estaría constituido por el *modelo de silencio constitucional*, es decir, por aquellas Constituciones que no se refieren al derecho de huelga, frente al grupo de las Constituciones que consagran expresamente el derecho. Reseñaremos brevemente ambos modelos y los respectivos subgrupos.

Dentro del primer grupo, el de los *modelos de silencio constitucional*, hay distintos tipos. De la misma forma que en la vida hay distintos tipos de silencio que significa distintas cosas (hay silencios de aprobación, hay silencios de rechazo, hay silencios de indiferencia), en las constituciones sucede lo mismo.

El primer subtipo de silencio es el de las constituciones que callan sobre la huelga y ese silencio es *un silencio de indiferencia o de abstención*: es el caso de las constituciones, como la de Austria, que no tiene ninguna disposición sobre Derecho del Trabajo, que no tratan el Derecho del Trabajo a nivel constitucional, sino que lo tratan a nivel de otras normas jurídicas, con lo cual el silencio de estas constituciones no implican ni aprobación ni rechazo del derecho de huelga: quedará esto librado al nivel legislativo o a la simple práctica.

El segundo subgrupo es el de los *silencios de aprobación*. Es el caso, por ejemplo, de constituciones que omiten la referencia a la huelga pero consagran la libertad sindical (como la de Alemania Federal) o que callan sobre el derecho de huelga pero consagran la

negociación colectiva (como la de Suiza); en estos casos, a partir de la idea de que la libertad sindical implica necesariamente negociación colectiva y huelga, y viceversa, se ha interpretado tanto en Alemania como en Suiza que la consagración de la libertad sindical en la Constitución, en su caso, y la consagración constitucional de la negociación colectiva, en el otro, implica la tácita inclusión y reconocimiento constitucionales del derecho huelga, dado que no se imagina a uno de estos derechos sin el otro.

Y la tercera clase de silencio constitucional es la del *silencio del rechazo*: aquellas constituciones que hablando de sindicalización y que hablando de negociación colectiva no se refieren al derecho de huelga porque entienden que el derecho de huelga no existe. Era el caso de varias constituciones de países socialistas; en América Latina, el único caso es el de Cuba, en cuya Constitución no se consagra el derecho de huelga porque dada la estructura del Estado y la filosofía político-económica que lo inspira, se considera que no existe el derecho de huelga, aunque sí existe el derecho de sindicalización y un derecho de negociación colectiva.

Frente a estos casos de silencio constitucional de distinto tipo, están las *constituciones que se refieren expresamente al derecho de huelga*. Entre ellas figuran todas las latinoamericanas, excepto la cubana y todas las que podríamos llamar latineuropeas, esto es, las constituciones de países europeos latinos: Francia, España, Italia, Portugal.

Esta consagración constitucional puede ser muy diversa.

En algunos casos *una mera declaración de existencia en el derecho de huelga sin más referencia*, como el caso de Argentina y Nicaragua.

Un modelo muy interesante es el de la Constitución de Portugal: *una declaración constitucional de reconocimiento del derecho de huelga con reserva constitucional*, esto es, estableciendo el derecho de huelga, diciendo que el mismo es competencia de los trabajadores y negando las posibilidades de legislar sobre la materia. Es muy interesante el artículo 59 de la Constitución portuguesa, que tiene dos párrafos: el primero dice que “se garantizará el derecho de huelga”; y el segundo agrega que “compete a los trabajadores definir el ámbito de los intereses que se propongan defender mediante la huelga, ámbito que no podrá ser limitado por la ley”, con lo cual proscribía una legislación limitativa del derecho de huelga.

Lo más común, en cambio, es *una declaración constitucional que prevea la existencia de una ley posterior*, un reconocimiento constitucional del derecho de huelga con reenvío a la ley: es el caso de Italia, Francia, Ecuador, El Salvador, etc.

Una variante de este modelo es la ofrecida por la Constitución uruguaya, cuyo artículo 57 prevé una reglamentación, pero sin hacer referencia expresa a la ley. Ello no habilitaría una reglamentación por norma estatal infralegal, dada la naturaleza del derecho fundamental de que goza la huelga, pero determina la procedencia de la autorregulación.

También muy común es el caso de *un reconocimiento constitucional del derecho de huelga, con reenvío a una ley posterior pero ya indicando el contenido de esa ley*. Es, por ejemplo, el caso de la Constitución española, que reconoce el derecho de huelga y prevé una ley que reglamentará los servicios esenciales, con lo cual el constituyente ya está predeterminado el contenido o el tema de la ley. Es también el caso de la Constitución brasileña, de fines del año 1988, que establece el reconocimiento del derecho de huelga y prevé una ley que regulará el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales y

no otra cosa. Con variantes, este es el caso de las constituciones de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela.

Y un último modelo podría ser, con reservas, el de la Constitución chilena de 1980, que *no consagra el derecho de huelga en la Constitución, sino que sólo consagra las limitaciones o las prohibiciones*: dice que no podrán declarar huelga los funcionarios públicos, de las municipalidades, ni tampoco aquellos que desempeñen servicios públicos esenciales, etc., con lo cual, lo que hay es, simplemente, una limitación. Pero como no es una limitación general, a contrario sensu supongo que hay que interpretar que en los demás casos, sí está permitido el derecho de huelga, con lo cual el asunto resulta ser más semántico que otra cosa: *hay un reconocimiento tácito, no expreso y una prohibición limitada a determinados tipos de huelga, o una exclusión de ciertos sujetos como titulares del derecho*.

#### 4. Las leyes sobre huelga y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical

Ahora bien, esto es lo que pasa con las constituciones. Pero ¿qué pasa con las legislaciones, con las leyes reglamentarias del derecho de huelga? Si bien las Constituciones generalmente (y subrayo “generalmente”), reconocen el derecho de huelga con alguna o mucha amplitud, según los casos, las legislaciones generalmente (y vuelvo a subrayar “generalmente”), son restrictivas en la regulación del derecho de huelga. Generalmente las constituciones hacen el trabajo “lindo” de consagrar el derecho con bastante amplitud y luego el legislador hace el trabajo “sucio” o un poco más desagradable de establecer restricciones o limitaciones, mayores o menores, según cada caso. Dado que este hecho es bastante generalizado, y dado que es imposible hacer rápidamente un resumen de toda la legislación comparada, me ha aparecido que es útil analizar las restricciones legislativas al derecho de huelga a la luz de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, con lo cual podremos hacer un repaso de Derecho Comparado acerca de qué cosa hacen las legislaciones nacionales con la huelga y al mismo tiempo explicar brevemente la doctrina (por así llamarla) del Comité de Libertad Sindical de la OIT en materia de derecho de huelga.

¿Y qué es lo que el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos encuentran en estas legislaciones que generalmente son más o menos restrictivas o que restringen algunos aspectos del derecho de huelga? Han dicho que hay dos grandes tipos de restricciones legislativas al derecho de huelga: prohibiciones generales y limitaciones específicas.

##### 4.1. Prohibición general de la huelga

La prohibición general de la huelga, según el Comité de Libertad Sindical, puede ser de dos tipos, *prohibición general directa y prohibición general indirecta*.

Hay *prohibición general directa* del derecho de huelga cuando la legislación establece directamente que se prohíbe el ejercicio del derecho de huelga: hay casos históricos de esto, pero son, obviamente, excepcionales. Interesa más el otro tipo de prohibición general, la *prohibición general indirecta del derecho de huelga*, que se ve con

frecuencia en las legislaciones, incluidas las latinoamericanas. La prohibición general indirecta del derecho de huelga se da, según el Comité de Libertad Sindical, cuando una ley, decreto o reglamento somete el ejercicio del derecho de huelga a un número de formalidades tal y a la aplicación de medidas de solución de conflictos de tal envergadura, de tal detalle, de tal prolongación en su trámite que, en la práctica, tiene el efecto de volver muy difícil o imposible el ejercicio del derecho de huelga. De hecho, esto equivale a negar el ejercicio del derecho. Esta suma de formalidades o de medios de solución que obligatoriamente deben ser acatados antes o durante el ejercicio del derecho de huelga, pueden ser considerados y lo han sido en muchos casos, por el Comité de Libertad Sindical, como una prohibición general indirecta del derecho de huelga, aunque exista un reconocimiento formal de éste. En otros términos: no basta el reconocimiento formal del derecho si el mismo no es sometido a una “procedimentalización” tal, que haga ilusorios su ejercicio y eficacia.

#### 4.2 Restricciones específicas al derecho de huelga

Fuera de estos casos, interesa analizar lo que el Comité de Libertad Sindical ha llamado *restricciones particulares del derecho de huelga*, las que se dan en el caso de *las prohibiciones o restricciones al ejercicio de la huelga en determinados sectores o en determinadas oportunidades*.

Estas restricciones particulares, específicas, puntuales, al derecho de huelga *pueden darse en distintos ámbitos*. Primero, en relación con los *sujetos del derecho de huelga*: es el caso de las reglamentaciones que limitan, restringen o prohíben el ejercicio del derecho de huelga a *determinadas categorías de trabajadores*. Segundo, ciertas limitaciones se fundamentan en la *actividad afectada por la huelga*. En tercer lugar, existen limitaciones específicas al derecho de huelga cuando se procura prohibir o limitar la huelga en relación con *su objeto o finalidad*; ejemplo típico: prohibición de la huelga política. Un cuarto tipo de restricción es la *prohibición o limitación de ciertas clases o tipos de huelga*, es decir, *la restricción de la huelga en función de la modalidad utilizada*. En quinto lugar, la limitación o prohibición de la huelga en función de los requisitos formales ya mencionados, a los cuales su ejercicio se somete.

Hasta aquí los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. *En nuestra opinión personal, habrían otras dos formas más de limitación legislativa del derecho de huelga*.

Una de ellas sería la que se practica a través de la reglamentación de los *efectos de la huelga sobre el contrato individual de trabajo*, porque si se hace un reconocimiento general de la huelga, pero luego se reglamentan sus efectos sobre el contrato individual de trabajo de una manera muy dura, muy pesada para el trabajador, esto podría funcionar como un desestímulo a su ejercicio.

Lo mismo sucede, a menudo, a través de lo que los italianos llaman *la técnica definitoria*, que consistió en establecer una definición legal de la huelga tan estrecha, que deje fuera del concepto legal de huelga una serie de actividades que habitualmente los sindicatos y los trabajadores colectivamente organizados adoptan como huelga. En efecto,

*la definición de la huelga* puede encerrar una sutil y sofisticada -pero no por ello menos grave- limitación de su ejercicio.

#### 4.2.1 Sujetos del derecho

El primer tipo de restricción específica, decíamos, se relaciona con los sujetos del derecho de huelga. Aquí, una de las limitaciones o prohibiciones más comunes tiene que ver con *los funcionarios públicos*. Es relativamente común que la legislación no permita el ejercicio del derecho de huelga a los funcionarios del Estado; si bien este ejercicio es cada vez más amplio, es todavía frecuente encontrar normas nacionales que niegan el derecho de huelga a todos o parte de estos trabajadores. Al respecto han habido pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, que dicen que la prohibición del ejercicio del derecho de huelga a los funcionarios públicos sólo se justificaría desde el punto de vista de los principios de libertad sindical respecto de aquellos funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público, esto es, aquellos empleados en la administración directa del Estado, lo cual supone la administración central del Estado y de las empresas estatales y los organismos descentralizados<sup>21</sup>.

#### 4.2.2 Actividad afectada

Pero tal vez en relación con esto, el tema más importante sería el de *la limitación o prohibición de la huelga en los servicios esenciales*, lo que no necesariamente coincide con los funcionarios públicos.

Los servicios esenciales, aquellos que son indispensables para la vida en comunidad, comúnmente son desempeñados por el Estado pero no necesariamente; es frecuente que sean empresas privadas las que brindan servicios esenciales, por ejemplo, en el campo de la salud. La limitación de la huelga en los servicios esenciales es, de las múltiples limitaciones al derecho de huelga, una de las que merecen un estudio atento, porque es uno de los puntos en los cuales algún grado de limitación puede estar justificada, aún desde la óptica del más defensor de los derechos sindicales y del derecho de huelga en particular. ¿Por qué? Porque aquí entran en conflicto dos valores fundamentales: por un lado, un derecho fundamental de la persona humana, como es el derecho de huelga, y por otro lado, algo que jurídicamente no ha sido calificado como derecho fundamental, pero que de hecho tiene un valor desde el punto de vista ético, que es el derecho de la comunidad a contar con aquellos servicios que son real y absolutamente esenciales para la vida.

Entonces, en relación con esto, se plantean, por lo menos, tres problemas: primero, ¿cuáles son los servicios esenciales, quién y como los define?; segundo, definidos los servicios esenciales, ¿cuáles son las limitaciones que válidamente se pueden imponer al derecho de huelga en relación con la prestación de aquéllos?; y en tercer lugar, la previsión

<sup>21</sup> MEF: En lo personal, nos parece necesario distinguir más, diferenciando entre quienes trabajan en la administración del Estado, los funcionarios de alto nivel, con poder de dirección, que son los verdaderos soportes del órgano del Estado, de los trabajadores dependientes, sin poder, aunque trabajen en o para un órgano del Estado.

de medios de solución y mecanismos compensatorios de la privación o limitación del derecho de huelga a los trabajadores de esta área.

Para revisar brevemente estos tres aspectos, digamos, en primer lugar, que en relación con *la descripción de los servicios esenciales*, hay varias técnicas, desde una descripción taxativa que enumera los servicios esenciales, hasta una mera descripción genérica y conceptual. Las definiciones taxativas tienen la ventaja de que no dejan lugar a dudas o discusiones, sobre si un servicio es o no es esencial, pero tienen el inconveniente de que generalmente, cuando esta definición la hace el Estado, tiende, inevitablemente, a través de la ley o del decreto, a hacer una enumeración un poco mayor de lo que técnicamente se considera efectivamente como servicio esencial. Por otro lado la definición conceptual y abstracta, que no corre ese riesgo y que tiene la ventaja de permitir la inclusión de nuevos servicios que en determinadas circunstancias serían esenciales, tiene el inconveniente obvio, de que en cada caso puede haber una discusión acerca de si el servicio en cuestión es -o no- esencial, puede ajustarse o no a la descripción abstracta y general.

Por otra parte, también está la discusión acerca de *quién hace la definición*, cualquiera sea ésta: ¿la hace unilateralmente un Estado a través de una ley o decreto?, ¿la hacen unilateralmente los sindicatos en la autorregulación?, ¿o se negocia colectivamente entre los sindicatos y el empresario o el Estado, según sea privado o público el empleador que presta el servicio? Al respecto, el Comité y la Comisión han considerado necesaria la participación voluntaria de las organizaciones profesionales en la definición de los servicios esenciales.

Todos estos son problemas en los cuales hay que optar por un mecanismo común, y finalmente, definido si va a ser una enumeración o una definición genérica, si la va a hacer el Estado o las partes, queda por ver *el contenido mismo de la noción de servicio esencial*. *El Comité de Libertad Sindical tiene una definición estricta del concepto de servicios esenciales, considerando que son servicios esenciales aquellos cuya interrupción ponen en peligro la vida, salud, o seguridad de toda o parte de la población*. Es sin duda un concepto estricto, porque deben ser servicios que al interrumpirse pongan en peligro la vida, y la seguridad o salud de la población, lo cual lleva a que sean pocos los servicios que el Comité de Libertad Sindical admita como esenciales y en los cuales, por consiguiente, considere admisible la prohibición o limitación del ejercicio del derecho de huelga. *En los distintos pronunciamientos que ha habido, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que son servicios esenciales, en los cuales es válido limitar la huelga, los servicios de salud, agua corriente, energía eléctrica en el medio urbano y de los controladores del tráfico aéreo*.

A partir de -o junto a- esta definición muy estricta de los servicios esenciales, se ha creado, en los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, una válvula de escape: la admisión de que hay servicios que no siendo esenciales a priori, pueden devenir esenciales en circunstancias especiales por la duración del conflicto o por otras circunstancias especiales en las que el conflicto se da. Y si bien no hay ejemplos claros en los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, académicamente se puede proponer algún ejemplo. V.gr.: la industria farmacéutica. Si se registra una huelga de varios días o de algunas semanas en la industria farmacéutica de un país, a nadie se le puede ocurrir que se esté ante la interrupción de un servicio esencial que ponga inmediatamente en peligro la vida, salud o seguridad de toda o parte de la población; pero si el conflicto dura meses y meses y se produce el desabastecimiento total de medicamentos en plaza, podría sostenerse

(no lo sostengo necesariamente así, pero podía sostenerse) que ahí sí, ya el conflicto entra en una etapa en la cual lo que no era esencial por definición, deviene esencial por sus efectos en un momento determinado.

Ahora bien, una vez definidos los servicios esenciales, ¿cuáles son las limitaciones admitidas al derecho de huelga? El Comité de Libertad Sindical ha dicho que se puede admitir tanto la prohibición de la huelga en preservación de estos servicios o -concepto mucho más elaborado y se cree que más eficaz-, la admisión del ejercicio de la huelga, pero con la obligación de mantener y asegurar un servicio mínimo.

El Comité de Libertad Sindical hace particular hincapié en que en aquellos casos en los cuales haya prohibición o limitación del derecho de huelga en los servicios esenciales, deben asegurarse a los trabajadores mecanismos compensatorios del derecho de huelga a través de medios de solución del conflicto que les permita canalizar su reclamación con una eficacia similar a la que les brinda el derecho de huelga. El tema es muy complicado, porque es fácil decir que debe otorgarse un mecanismo compensatorio eficaz del derecho de huelga, pero al día de hoy no se ha inventado un mecanismo sustitutivo de la huelga que tenga la misma eficacia que ésta o por lo menos que tenga la misma eficacia que la que el trabajador cree que la huelga va a tener. Una solución que se ha propuesto es el arbitraje obligatorio; se ha dicho que ese arbitraje obligatorio que generalmente se condena respecto del derecho de huelga en general, en el caso del servicio esencial, cuando está limitado o prohibido el ejercicio de huelga, podría ser menos condenable. Pero su viabilidad es remota, porque en estos casos, a la tradicional resistencia de los sindicatos, se suma, a menudo, la del Estado. En efecto, cuando los servicios esenciales son prestados por el Estado, éste generalmente se ha negado a admitir el arbitraje bilateralmente obligatorio, con lo cual el tema se ha vuelto verdaderamente difícil de solucionar.

#### 4.2.3 Objeto o finalidad de la huelga

El segundo gran grupo de restricciones al derecho de huelga lo componen las que tienen que ver con el objetivo o la finalidad de la huelga. Y aquí hay por lo menos tres tipos de limitaciones que uno percibe en el Derecho comparado: el que tiene que ver con *la huelga política*, el que tiene que ver con *la huelga de solidaridad*, y el que tiene que ver con *la huelga abusiva o ejercida con abuso de derecho*.

Respecto a *la huelga política*, el Comité de Libertad Sindical ha entendido que lo que él llama huelga de protesta político-económica es válida, esto es, la huelga que, aunque tenga una connotación política, además posee un fundamento económico profesional o está vinculada con las pretensiones económicas de los trabajadores.

Esto es, por decir un ejemplo burdo, no sería una huelga válida amparada en la libertad sindical, aquella que pide la renuncia de un ministro simplemente porque se quiere que ese ministro caiga y asuma el de otro partido, pero si en cambio, se pidiera la renuncia del ministro porque la política económica (por ejemplo) por él implementada daña los intereses básicos de los trabajadores, ya estaríamos ante una huelga político-económica o político-profesional que estaría de alguna manera dentro del campo de la libertad sindical y -en opinión del Comité de Libertad Sindical- dentro de su esfera de competencia.

Otro tipo de huelga que a veces es limitada en función de sus objetivos o finalidad, es *la huelga de solidaridad*, es la huelga que declara un gremio que no está en conflicto, en



apoyo a otro gremio que sí está en conflicto. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que su legitimidad depende de la legalidad o ilegalidad del conflicto principal, no del conflicto de solidaridad.

*La huelga abusiva o huelga ejercida con abuso de derecho*, podría ser, según la concepción que se maneje del abuso de derecho de huelga, un tipo de huelga limitada por su finalidad.

¿Cuándo una huelga es abusiva? Contestar esta pregunta supone aplicar la teoría general del abuso de derecho al derecho de huelga, lo cual plantea dos tipos de problemas: 1º) el de la aplicación de la teoría del abuso al ejercicio de derechos fundamentales, lo cual es posible, pero supone ciertas particularidades; 2º) las dificultades de adaptación de la noción de abuso de derecho a las particularidades de la potestad de hacer huelga. Estas dificultades de adaptación son las que afloran al tratar de responder a la pregunta de cuándo una huelga es abusiva.

Una primera respuesta ha sido la ensayada alguna vez por la jurisprudencia alemana, en el sentido de que la huelga resulta abusiva cuando provoca daño. El abuso del derecho de huelga consistiría en usar dicha facultad para causar daño. Pero es obvio que esta concepción de abuso resulta inaplicable al derecho de huelga, porque éste posee como función esencial o íncita a su naturaleza la de provocar un daño. En su carácter de instrumento de autotutela, como ya se dijo, la huelga consiste -entre otras cosas- en una medida que busca reequilibrar las fuerzas de los actores sociales, concediendo al más débil de ellos, la posibilidad de presionar al otro con el daño económico que puede causarle al alterar su prestación. *Descalificar por abusiva la huelga dañosa -y, consecuentemente-, admitir como lícita solamente la huelga que no causa daño, supone despojar de todo sentido al derecho de huelga. La huelga se hace para perjudicar. El derecho de huelga supone el derecho a causar determinados perjuicios. Por eso, la huelga que causa ciertos perjuicios no será huelga abusiva, sino huelga a secas, con posibilidad de ser huelga eficaz.*

La “segunda edición” de la huelga abusiva también surge de la jurisprudencia alemana, bajo la forma no ya del daño puro y simple, sino de la denominada “proporcionalidad de los daños”. Según esta nueva versión, la huelga sería abusiva cuando el daño causado con la medida fuera desproporcionadamente mayor que el sacrificio asumido por huelguistas (normalmente, la pérdida del salario o la eventualidad de tal pérdida). Esta concepción -que apunta a la ilegalización de algunas formas atípicas de la huelga que distorsionan la actividad empresarial con menor descuento salarial, como los paros intermitentes-, resulta tan inaceptable como la anterior. *Si la función del derecho de huelga es la de presionar al empleador, si la finalidad por la cual el orden jurídico reconoció ese derecho a los trabajadores fue la de conceder a éstos un poder que contrarrestara el de la contraparte, entonces, la desproporción entre el daño causado y el perjuicio asumido es, también, íncita al derecho de huelga. Una huelga que causara igual daño que el sufrido, no cumpliría su función equilibradora. Sería una huelga inútil e ineficaz.*

Y así, sólo es posible concluir que el único espacio para la aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho a la huelga está -como lo había sostenido, hace ya algunos años, la doctrina uruguaya-, en el ámbito de la función de los derechos y de la finalidad desviada. En efecto, cuando el orden jurídico reconoce o concede derechos a los individuos o grupos, los reconoce o concede con determinado fin, para que cumplan una cierta

función. El ejercicio abusivo de un derecho consiste en utilizarlo con finalidad desviada respecto de la prevista o supuesta por el orden jurídico, en hacerle cumplir una función diferente a aquella para la cual existe la potestad. Ahora bien, si la función de la huelga es la autotutela y la presión, se vuelve difícil imaginar el caso de una huelga practicada disfuncionalmente o con finalidad desviada. En estricta técnica jurídica, “muy rara vez habrá lugar a la calificación abusiva de una huelga (...) Un caso claro (...) podría darse ante una huelga de repudio de una forma motivada en la intención de favorecer a otra, por razones o motivos políticos o económicos”. (H-H Barbagelata, Efectos jurídicos de la huelga, en rev. Derecho Laboral, Montevideo, 1957, t. XII, N° 69, págs. 104-105).

#### 4.2.4 La clase, tipo o modalidad de huelga

El tercer tipo de limitaciones que a veces se impone al derecho de huelga, es el relacionado con *la modalidad utilizada en su ejercicio*, ya que a veces la legislación prohíbe o restringe algunas de las llamadas *formas atípicas de la huelga*.

Hay una forma típica o tradicional de huelga, que es la primera que imaginamos cuando hablamos de huelga: la suspensión continua del contrato de trabajo con abandono del local de trabajo (el trabajador dice: estoy en huelga, no voy a trabajar, me quedo en mi casa). Pero hay muchas modalidades más, mucho más sofisticadas de ejercer la huelga: los paros intermitentes, los paros parciales, los paros rotatorios, las huelgas “tapón”, la ocupación de local de trabajo, etc., los que a veces están permitidos y otras veces prohibidos por las legislaciones.

*El Comité de Libertad Sindical ha sostenido que el único límite válido a la modalidad de huelga escogida por los trabajadores se da cuando la huelga pierde su carácter pacífico, lo que de acaece, en mi opinión, cuando se producen daños voluntarios sobre personas o sobre cosas (sabotaje). Descartado esto, o sea, manteniendo el carácter pacífico del movimiento, el Comité de Libertad Sindical admitirá que el ejercicio de autotutela, de su autonomía en la forma de ejercer la huelga, los trabajadores podrían escoger cualquiera de las modalidades de ejercicio del derecho.*

#### 4.2.5 Requisitos formales y de procedimiento

Una cuarta categoría de restricciones que ya habíamos mencionado anteriormente, es la resultante de los *requisitos formales para el ejercicio de la huelga*.

Según el Comité de Libertad Sindical, *las formalidades que se imponen a la huelga*, el preaviso, la adopción de la decisión de huelga por un quórum determinado del personal de la empresa o de los afiliados al sindicato, la necesidad de someter la huelga previamente o durante su transcurso a medios obligatorios de solución de conflictos o la limitación de la legitimidad del ejercicio de la huelga a una determinada etapa de la negociación colectiva o, por el contrario, a la inversa, la prohibición de la huelga durante un procedimiento de negociación colectiva, pueden ser, según el caso, limitaciones lícitas o ilícitas al ejercicio del derecho de huelga. Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical ha admitido el preaviso, como una limitación razonable al derecho de huelga, siempre que sea breve. Ha admitido que la huelga deba ser decidida por voto secreto si esto lo impone la legislación, y ha

considerado que la exigencia de un quórum determinado, de por sí no es una limitación, pero que si el quórum fuera demasiado alto, sin duda supondría una limitación prohibitiva del derecho de huelga, entendiendo inadmisibles quórum tales como el de la mayoría absoluta o el de la mayoría de dos tercios. El Comité ha considerado también que el arbitraje obligatorio es incompatible con el ejercicio del derecho de huelga salvo en el caso de los servicios esenciales. Asimismo, ha considerado inadecuado limitar el ejercicio del derecho de huelga solamente a la negociación colectiva.

Es muy común encontrar, en la ley y aún en algunas doctrinas, una suerte de vinculación automática entre huelga y negociación colectiva, existiendo, sin embargo, una circunstancia que demuestra su artificiosidad. En efecto, hay algunas legislaciones que sólo admiten la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva, ya que la única legitimación de la huelga sería en tanto medida de presión en el procedimiento de negociación colectiva; sólo imaginan la huelga como un instrumento de la negociación colectiva. Pero hay otras legislaciones que dicen exactamente lo inverso, en las cuales la huelga sólo se admite fuera de la negociación colectiva, estando terminantemente prohibida dentro de la negociación, porque se considera que sería de mala fe negociar, lo que se supone es un procedimiento pacífico, y al mismo tiempo estar usando un medio de presión.<sup>22</sup> Yo creo que esta ambivalencia tan notoria entre unas legislaciones que prohíben la huelga en la negociación colectiva y otras que sólo la admiten la negociación colectiva, demuestra que en realidad estamos ante dos institutos independientes que tienen, cada uno, su ámbito de aplicación propio, ámbitos que, sin perjuicio de ello, se pueden cruzar.

#### 4.2.6 Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo

Un quinto tipo de restricción particular al ejercicio del derecho de huelga tiene que ver con los efectos de la huelga sobre el contrato individual de trabajo. En efecto, puede haber una legislación que permita abiertamente la huelga, pero que reglamente de una manera particularmente nociva para el trabajador los efectos de esa huelga sobre su contrato individual de trabajo, introduciendo, por esta vía, una restricción total.

#### 4.2.7 La definición de huelga

---

<sup>22</sup> MEF: esto es lo que sucede actualmente por imperio del artículo 21 de la ley 18.566 (sobre negociación colectiva en el sector privado), al establecer una cláusula de paz en los siguientes términos: “Durante la vigencia de los convenios que se celebren, las partes se obligan a no promover acciones que contradigan lo pactado ni aplicar medidas de fuerza de ningún tipo por este motivo. Esta cláusula es de aplicación a todos los temas que integraron la negociación y que hayan sido acordados en el convenio suscrito. Queda excluida de su alcance la adhesión a medidas sindicales de carácter nacional convocadas por las Organizaciones Sindicales. Para resolver las controversias en la interpretación del convenio deberán establecerse en el mismo procedimientos que procuren agotar todas las instancias de negociación directa entre las partes, y luego con la intervención de la autoridad ministerial competente, para evitar el conflicto y las acciones y efectos generados por este. El incumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del presente artículo, a falta de un procedimiento fijado por las partes, puede dar lugar a la declaración de la rescisión del convenio, la que deberá promoverse ante la justicia laboral”.

El último tipo de limitaciones posibles tiene que ver con lo que habíamos mencionado como “*la técnica definitoria*”, que es, a mi modo de ver, una de las más sutiles formas de limitar el derecho de huelga, muy común en la legislación del trabajo en Latinoamérica.

Es muy común encontrar en las leyes sobre huelga latinoamericanas o en el capítulo correspondiente de los Códigos de Trabajo, una definición determinada de huelga, definición que puede ser restrictiva, eliminando así, “de un plumazo”, todas las categorías de huelga que no se ajusten a lo que dice la definición. Por ejemplo, una definición común que uno encuentra en los Códigos de Trabajo latinoamericanos, es la que dice que “la huelga es la suspensión continua y pacífica del trabajo declarada por una colectividad de trabajadores con fines exclusivamente laborales y con abandono de los locales de trabajo”. Trátase de una definición aparentemente inocente, pero que deja fuera del concepto de huelga a todas las formas de huelga intermitentes, porque habla de “suspensión continua” y no intermitente; agrega “con abandono del local de trabajo”, lo cual deja fuera la ocupación de los locales de trabajo; y establece “con finalidad exclusivamente laboral”, con lo cual queda fuera todo lo que tiene que ver con las huelgas político-económicas, etc. En cambio, uno podría formular definiciones amplísimas que dijeran que *la huelga es simplemente una alteración colectiva del trabajo con la finalidad de autotutela*, sin aclarar más nada; aquí entraría prácticamente todo. Entonces, hay que tener mucho cuidado con esto que los italianos llaman la técnica definitoria. La técnica definitoria, *la simple inclusión de una definición en una ley, puede estar implicando, de por sí, una gravísima limitación al ejercicio del derecho de huelga o una permisividad absoluta de casi todo lo que uno puede imaginar como huelga*. Aquí, como dice Antonio Monteiro Fernández, “*definir es limitar*”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> MEF: Recordemos que en materia laboral, la mayoría de las veces, definir el limitar (ERMIDA URIARTE, Oscar “*Apuntes sobre la huelga*”, 2ª edición, ed. FCU, págs. 28 y 148, 1996, Montevideo), e incluso, excluir (ERMIDA URIARTE, Oscar “*La flexibilización de la huelga*”, ed. FCU, págs. 44 y 47, 1996, Montevideo). Pero más aún, hoy debemos plantearnos si esa limitación y/o exclusión, no significa además, una prohibición.

## VII LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES <sup>24-25</sup>

### I. EL MARCO GENERAL

#### 1. Los valores en juego

La cuestión del ejercicio del derecho de huelga cuando ella afecta los servicios esenciales despierta la mayor atención, tanto teórica como práctica, ya que pone en juego un *derecho laboral fundamental*, como el de huelga, y el interés de la colectividad en la continuidad de aquellos servicios que le son indispensables. “Se trata, pues, de establecer un equilibrio entre el interés general y los derechos de las partes en conflicto”<sup>26 27</sup>.

#### 2. Sector público y servicios esenciales

---

<sup>24</sup> En esta versión estudiantil, hemos optado por incorporar el presente trabajo (de fecha 17.04.2001), el que supone una revisión y actualización del autor -del que originariamente fuera publicado como último capítulo de la 2ª edición de “Apuntes sobre la huelga”, bajo el título: La huelga y la solución de conflictos en los servicios esenciales-, como explicitara el propio Prof. Dr. Oscar Ermida Uriarte (véase la nota al pie que sigue).

Para mayor profundización, puede consultarse también, los siguientes artículos del autor: “La huelga y la solución de conflictos en los servicios esenciales”, en la revista “Derecho y Polémica”, Lima 1987, Año 3 N° 1 (en colaboración con Luis Flores y Alfredo Villavicencio); “La huelga y la solución de conflictos colectivos en los servicios esenciales”, en Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília 1988, y en revista Derecho del Trabajo, Buenos Aires 1989, año XLIX, B; “A greve e a solucao dos conflitos colectivos nos serviços essenciais”, en revista Síntesis, Sao Paulo 1989, N° 9 (resumen y traducción de Sônia de Araujo Cruz Galbeti); “la huelga en los servicios esenciales”, en “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Córdoba, Argentina, 2001; “La huelga en los servicios esenciales”, en rev. Derecho Laboral, t. XLVI N° 211, Montevideo 2003.

<sup>25</sup> Esta ponencia consiste en una revisión, actualización y reformulación de trabajos anteriores del autor, publicados con el título de La huelga y la solución de los conflictos colectivos en los servicios esenciales, en la Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília 1988; en la revista Derecho del Trabajo, Buenos Aires 1989, año XLIX – B; en AAVV, El derecho de huelga, Buenos Aires-Caracas 1990; y en nuestros Apuntes sobre la huelga, 2ª ed., Montevideo 1996.

<sup>26</sup> PANKERT, Alfred, Solución de conflictos de trabajo en los servicios esenciales, en Revista Internacional del Trabajo, Ginebra 1981, Vol. 100 N° 1, pág. 56.

<sup>27</sup> Se trata a su vez, del conflicto entre dos institutos consagrados constitucionalmente: el derecho de huelga y la protección del interés general.

En ocasiones se tiende a identificar servicios públicos y servicios esenciales o a confundir la cuestión del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales con la de los funcionarios públicos.

Entre muchas otras, dos circunstancias fundamentales parecen determinar que, hoy por hoy, el meollo de este problema ya no radique en la consideración de la huelga en el sector público, ni mucho menos, en la mera negación del ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores del Estado.

*La primera de ellas consiste en que, como acabamos de indicar, se registra una tendencia a reconocer la titularidad del derecho de huelga a los servidores públicos, tanto en el plano jurídico como en el de las realidades sociales. Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha considerado que “la prohibición debería limitarse a los funcionarios que actúan en calidad de órganos del poder público o a los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”<sup>28</sup>.*

La segunda circunstancia que ha incidido para desplazar el centro de gravedad de la cuestión, sustrayéndolo de la mera negación o limitación de la huelga de los trabajadores del Estado, ha sido la evolución del propio sector público. El resultado de ello es que no todos los servicios brindados por el Estado son esenciales, en tanto pueden serlo algunos de los proporcionados por las empresas privadas.

En otras palabras, “la situación del sector público se ha aproximado así considerablemente a la situación en el sector privado”<sup>29</sup>, tanto jurídica como fácticamente, por lo cual la distinción, en cuanto al ejercicio del derecho de huelga ya no puede pasar, lisa y llanamente, por la línea divisoria entre uno y otro.

De ahí que, analizando los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, se aprecien dos grandes lineamientos, sustitutivos del que se viene de comentar. A partir del principio del reconocimiento pleno del derecho de huelga, se admite la introducción de restricciones al mismo en dos áreas: a) respecto a los “*funcionarios públicos*” *stricto sensu*, entendidos como “*aquéllos que actúan como órganos del poder público*”, considerándose, en cambio, que no sería apropiado restringir el derecho de huelga a todos los trabajadores del Estado, y b) “*en los servicios esenciales en el sentido estricto del término* (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población)”<sup>30</sup>, no importando en este caso, que esos servicios sean prestados por instituciones públicas o privadas.

## II. LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES

---

<sup>28</sup> OIT, Libertad sindical y negociación colectiva, Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra 1983, N° 214, pág. 86.

<sup>29</sup> PANKERT, Alfred, ob. cit., pág. 58.

<sup>30</sup> OIT, La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 4ª edición, Ginebra 1996, N° 526, págs. 119-120. Conf., tamb., OIT, Libertad sindical y negociación colectiva, Ginebra 1994, N° 155, págs. 72-73.

## 1. La determinación de los servicios esenciales

La cuestión de la determinación de los servicios esenciales implica, a su vez, varios problemas, como el de la fuente de la reglamentación (¿quién determina cuáles son los servicios esenciales?), el del tipo o forma de la definición (si se recurre a una enumeración taxativa o a una definición genérica) y por último, el del contenido de la definición misma.

### 1.1. La fuente de la determinación

En la mayor parte de los países la reglamentación aplicable a los conflictos en los servicios esenciales es de origen legal. Así sucede, por ejemplo, en Argentina, Brasil y Uruguay, donde existen disposiciones específicas sobre los servicios esenciales.

Sin embargo, tal reglamentación puede tener otro origen, aunque no sea lo más común, como sucede en Suecia y en Alemania, donde el tema es regulado en los convenios colectivos o en directrices de los sindicatos, respectivamente<sup>31</sup>.

### 1.2. La forma de la definición

Sea cual sea la fuente escogida para determinar los servicios esenciales, debe también escogerse la forma de dicha definición, es decir, ¿se recurrirá a una enumeración taxativa y minuciosa de servicios que se declaran esenciales o se opta por una definición conceptual y genérica formulada en términos abstractos?<sup>32</sup>

La enumeración de los servicios considerados esenciales en una lista es el utilizado en la legislación brasileña y en el decreto reglamentario argentino de 2000, entre las de otros países. Riesgos mayores de este sistema, son, en primer lugar, el de que generalmente da cabida a listas interminables que incluyen a servicios que no son esenciales<sup>147</sup> o el de que la enumeración se complementa con un agregado más o menos genérico o flexible que desdibuja la taxatividad.

Por su parte, el recurso a una definición genérica como la manejada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT o a la simple referencia a “los servicios esenciales”, como en Uruguay y en la ley 25.250 de Argentina, si bien puede parecer más conceptual y flexible, corre el riesgo de favorecer un uso excesivamente discrecional -y por lo tanto, eventualmente arbitrario por parte del órgano estatal encargado de aplicarla<sup>33</sup>.

### 1.3. El contenido de la definición: ¿cuáles son los servicios esenciales?

Desde un punto de partida hoy inaceptable en que se consideraba que todos los servicios públicos eran esenciales, se ha registrado una tendencia a restringir la definición

<sup>31</sup> PANKERT, Alfred, ob. cit., pág. 57.

<sup>32</sup> PANKERT, Alfred, ob. cit., pág. 59.

<sup>33</sup> Véase, más ampliamente, PANKERT, Alfred, ob. cit., págs. 60-63.

para que la norma tenga respetabilidad, confiabilidad y consenso, lo que es decir, en definitiva, eficacia o por lo menos, posibilidades de cumplimiento.

Abandonada la identificación con el sector público y también superada la idea del mero *perjuicio público*<sup>34</sup>, por su vaguedad, el contenido actualmente postulado por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones es el que estos mismos órganos califican como “estricto” o restringido, sólo aceptando como esenciales aquellos “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”<sup>35</sup>.

La definición y su aplicación son, sin duda, restringidas, lo que se justifica por tratarse de una noción cuya aplicación determina la proscripción o limitación de un derecho fundamental.

Junto a la función pública y a los servicios esenciales, se suma una tercera noción habilitante de la limitación del derecho de huelga: la de aquellos servicios que no serían esenciales “a priori” pero que pueden devenir tales en determinadas circunstancias, como por ejemplo, su duración o extensión. No obstante, como veremos más adelante, los efectos no coinciden: mientras que en los dos primeros casos -funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público y servicios esenciales en sentido estricto se admite tanto la prohibición como otras formas de limitación de la huelga, en este nuevo caso de “servicios esenciales por extensión” solo se admite la imposición de un servicio mínimo, el cual, por lo demás, “debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población” y contar con la participación voluntaria de las organizaciones de trabajadores y empleadores junto a las autoridades, en su definición<sup>36</sup>.

En Uruguay la legislación prevé limitaciones a la huelga en los “servicios esenciales”, sean prestados por el Estado o por particulares, pero sin brindar una definición de los mismos y atribuyendo al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la facultad de determinarlos en cada caso<sup>37</sup>. Esta facultad, que no fue utilizada por el gobierno durante el primer año de gestión democrática a partir de la reinstitucionalización operada en 1985, comenzó, sí, a ser ejercida a partir de fines de mayo de 1986. Desde entonces el Poder Ejecutivo comenzó a declarar esenciales a ciertos servicios portuarios, aduaneros, frigoríficos, de seguridad social, de combustibles, de correo, de gas, de transporte y de salud. Tal aplicación de la norma fue en todos los casos conflictiva, entre otras razones, porque las organizaciones sindicales consideraron que ninguno de esos servicios era realmente esencial, con excepción del último: efectivamente, de dichos servicios, solo el de salud coincide con alguno de los que el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos han considerado esenciales<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> “Public hardship”.

<sup>35</sup> OIT, La libertad sindical, cit., N° 526 y 540 y sigs., págs. 119-120 y 122-123 y Libertad sindical y negociación colectiva, cit., N° 159, pág. 75.

<sup>36</sup> OIT, La libertad sindical, cit., N° 556, págs. 125-126 y Libertad sindical y negociación colectiva, cit., N° 160.

<sup>37</sup> Ley N° 13.720 de 16 de diciembre de 1968, Art. 4.

<sup>38</sup> En el caso N° 1403, el Comité de Libertad Sindical consideró que el artículo 4 de la ley 13.720 permite su aplicación (...) a cualquier servicio público, que de este modo podría ser objeto de un servicio mínimo en caso



En primer lugar, los estudios de Derecho comparado revelan que algunas legislaciones nacionales -no las rioplatenses-, exigen la preservación de la maquinaria -notoriamente la de funcionamiento continuo-, calificándola como servicio esencial o, al menos, como una actividad que debe quedar al margen de la huelga o de sus efectos<sup>39</sup>. Si bien no parece que este tipo de disposición se adecue al concepto de servicios esenciales que manejan los órganos técnicos y de control de la OIT, cuando esas previsiones están formuladas en términos razonables no plantean mayores problemas porque, por lo general y salvo “picos” particularmente agudos de conflictividad, las organizaciones de trabajadores están de acuerdo en evitar los daños que directa o indirectamente se puedan provocar en la maquinaria, entre otros motivos, para preservar la fuente de trabajo.

En segundo término, y tal como ya se adelantó, también se constata que en algunos países en vías de desarrollo se ha planteado la “esencialidad” de las actividades económicas en general o de alguna de ellas, a partir del argumento de que la fragilidad de sus respectivas economías tanto como la imperiosa necesidad de imponer el crecimiento las hace particularmente vulnerables a las interrupciones de la actividad productiva<sup>40</sup>.

El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos han admitido una especie de “extensión del concepto de servicio esencial” respecto de aquellas “huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal, que las condiciones normales de existencia de la población” pudieran estar en peligro, aunque admitiendo en esta suerte de *servicios que no son esenciales pero que pueden devenir tales por sus efectos*, un grado de menor limitación del derecho de huelga que en los servicios esenciales propiamente dichos. No obstante, a veces se sostiene que la propia situación de subdesarrollo económico exige o por lo menos justifica, un grado aún mayor de limitación del derecho de huelga en actividades de importancia económica o, en otras palabras, que tales condicionantes económicas permiten dar, en estos países, un contenido mayor al concepto de servicios esenciales. En todo caso, estos servicios que devienen esenciales son, también, *de interpretación estricta*. Además, el análisis de una eventual apertura debería considerar que al lado de aquellas actividades que verdaderamente son “económicamente esenciales” para el desarrollo y en las cuales, consecuentemente, es el conflicto laboral el que perjudica a la economía, existe una situación conceptualmente inversa en la cual son las propias políticas económicas de ajuste o recesión las que desencadenan los conflictos<sup>41</sup>,

---

de huelga, en abierta contradicción con los principios del Comité relativos a la naturaleza de los servicios en que tal limitación es admisible. Por lo mismo, solicitó al gobierno uruguayo que tomara medidas tendientes a “la modificación del art. 4 de la ley 13.720 con objeto de ponerlo en conformidad con los principios señalados en materia de servicios mínimos” y agregó que esperaba que las cuestiones relativas a servicios mínimos pudieran, en el futuro, “resolverse por vía de concertación”.

Con respecto al carácter esencial -o no de los servicios en cuestión, el Comité señaló que no excluía que se hubiesen fijado “servicios mínimos excesivos” pero sin establecer expresamente si los consideraba esenciales, lo que hubiera significado un cambio importantísimo respecto de los anteriores pronunciamientos.

<sup>39</sup> PANKERT, Alfred, ob.cit., pág. 60.

<sup>40</sup> PANKERT, Alfred, ob.cit.

<sup>41</sup> OIT, Relaciones de trabajo y desarrollo, págs. 48-49.

sin provocar, a cambio, una mejora en la situación general o en la de las capas más desfavorecidas de la población<sup>42</sup> o, directamente, empeorándolas severamente.

## 2. Limitaciones al ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales

Determinados los servicios esenciales, corresponde analizar cuál es el régimen especial al que queda sometido el derecho de huelga en dichos casos. Cualquiera sea su fuente (la reglamentación estatal o la autorreglamentación), tal régimen excepcional puede consistir en la prohibición de la huelga o en la admisión del ejercicio del derecho pero sometido a limitaciones de diverso tipo o intensidad.

### 2.1. La prohibición

La prohibición lisa y llana de la huelga es uno de los tratamientos que puede recibir dicho derecho en el ámbito estricto de los servicios esenciales o de los funcionarios públicos que ejercen el poder del Estado.

En relación con la prohibición de la huelga en los servicios esenciales, se había dicho que creaba “una situación de desigualdad” entre el grueso de los trabajadores y aquellos que laboran en actividades esenciales<sup>43</sup>.

### 2.2. Las limitaciones

En muchos de los países que evitan la prohibición lisa y llana del derecho de huelga en los servicios esenciales prefiriendo su reconocimiento restringido, es común que su ejercicio se someta a limitaciones muy variadas, sea que éstas operen directamente o lo hagan indirectamente a través de un régimen especial de solución de conflictos, y trátense de excepciones introducidas por vía legal o reglamentaria o por vía convencional o aún unilateral.

*Tales restricciones pueden consistir en la exigencia de un preaviso o del mantenimiento de servicios mínimos, generalmente en régimen de turnos, así como, en ocasiones, en la prohibición o abstención<sup>44</sup> de ejercer el derecho de huelga en determinados períodos del año, tanto como la promoción de fórmulas de negociación, conciliación, mediación o arbitraje, llegando, en ocasiones, al arbitraje obligatorio.*

Como va dicho, existe una gran variedad de soluciones, pero parece claro que en los países industrializados, si bien se admite la eventualidad de aplicar medidas coercitivas, prevalece una marcada tendencia a evitarlas y a preferir los sistemas o las soluciones voluntarias, mientras que en los países subdesarrollados parece existir una predisposición

<sup>42</sup> GALER, Julio, discurso de clausura de la Conferencia de Montreal, en repartido de prensa de la OIT, Ginebra 26 de marzo de 1986, N° 11-86.

<sup>43</sup> MASCARO NASCIMENTO, Amauri, *Direito sindical*, Ltr. São Paulo 1982, pág. 343.

<sup>44</sup> Según que sea impuesta o acordada.

mayor a la imposición de regímenes más restrictivos en materia de huelga y solución de conflictos colectivos en los servicios esenciales<sup>45</sup>.

En Uruguay, la reglamentación sobre el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales, está contenida en los artículos 4 y 5 de la ley 13.720, según los cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tiene la facultad de declarar cuáles son aquellos servicios esenciales cuyo funcionamiento deberá ser asegurado en régimen de turnos y la atribución de exigir que las organizaciones de trabajadores o de empleadores sometan a votación las fórmulas conciliatorias que se hayan propuesto o la continuación de las medidas de conflicto. Asimismo, en caso de interrupción de un servicio esencial, la ley faculta a la autoridad pública para disponer las medidas necesarias para asegurar su continuidad, incluyendo “la utilización de bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables”. Como se ve, se parte del reconocimiento del derecho de huelga en los servicios esenciales para someterlo a un “primer grado” de limitaciones consistente en la obligación de los trabajadores de mantener su funcionamiento por turnos de emergencia y la posibilidad de que el gobierno exija que se someta a plebiscito la continuación del conflicto. Las organizaciones sindicales y la doctrina laboral han cuestionado la constitucionalidad de algunas de estas previsiones y han criticado la aplicación que de las mismas ha hecho el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a partir de mayo de 1986, especialmente en cuanto se entiende que son las propias organizaciones sindicales y no el Poder Ejecutivo, las que, a incitación de éste, deben organizar los turnos de emergencia y la consulta a los trabajadores<sup>46</sup>. Un segundo nivel de limitaciones aparece cuando la ley autoriza al Poder Ejecutivo para que, en caso de mantenerse la interrupción total del servicio, utilice los bienes y contrate el personal necesario para hacerlo funcionar. Como ya se dijo, el Comité se pronunció en contra del artículo 4 de la ley uruguaya 13.720.

Resumiendo este aspecto de la cuestión, puede decirse que los referidos órganos de la OIT han admitido la prohibición o limitación de la huelga respecto de los funcionarios públicos y de los servicios esenciales en sentido estricto y que han aprobado el sistema de los servicios mínimos para esos mismos casos, así como para los servicios que no siendo estrictamente esenciales, pueden “devenir” tales por sus efectos.

Finalmente, en relación con las medidas de “militarización” o “leva” de huelguistas que ocasionalmente se han adoptado en algunos países, el Comité de Libertad Sindical ha manifestado, en varias oportunidades, que encierran serios riesgos de abuso y “ha recalcado la inoportunidad de recurrir a tales medidas, excepto con el fin de mantener el funcionamiento de los servicios esenciales en circunstancias de la mayor gravedad o de crisis nacional aguda”<sup>47</sup>. Y en cuanto al recurso a las fuerzas armadas o a la contratación de otro personal para desempeñar las tareas abandonadas por los huelguistas, sólo podría

---

<sup>45</sup> PANKERT, Alfred, ob. cit., pág. 66.

<sup>46</sup> Otro punto debatido, según ya se adelantara, es el que se refiere a la determinación de servicios esenciales que, en ocasiones, ha efectuado el Poder Ejecutivo.

<sup>47</sup> OIT, La libertad sindical, cit., N° 570 y sigs., págs. 128-129. En uno de estos pronunciamientos se desestimó que la suspensión de servicios de transportes condujera “necesariamente” a una crisis nacional aguda (N° 530 y 575). Véase también BARBAGELATA, Héctor-Hugo, ob. cit., especialmente págs. 378 y sigs.

justificarse en la obligación gubernamental de asegurar la continuidad de servicios verdaderamente esenciales.

Pero en todos los casos en que se admite algún tipo de restricción -mayor o menor- al derecho de huelga, el Comité y la Comisión insisten en la necesidad de otorgamiento de garantías apropiadas para proteger a los trabajadores que quedan total o parcialmente privados de un medio esencial de defensa de sus intereses profesionales, lo que exige considerar de inmediato cuáles son los paliativos de la limitación o prohibición del derecho de huelga.

### 3. Los paliativos de la limitación o prohibición de la huelga en los servicios esenciales

La referida admisión de la procedencia de ciertas restricciones al derecho de huelga en los servicios esenciales se presenta unida a dos ideas complementarias enunciadas como conclusiones en la 12ª Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT. La primera, verdadero presupuesto -y por consiguiente, previa-, consiste en que “la solución de los conflictos de trabajo en los servicios esenciales debería tratar de lograrse mediante negociación entre las partes”. La segunda, posterior o derivada y alternativa, consiste en que, en defecto del acuerdo planteado como solución de principio, debería recurrirse a “procedimientos tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje, que ofrezcan garantías de independencia, imparcialidad y celeridad en los cuales las partes puedan intervenir en todas las etapas”<sup>48</sup>.

Es en este segundo aspecto en el que han insistido reiteradamente el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos, reclamando que toda prohibición o limitación de la huelga en los servicios esenciales sea compensada con una “protección adecuada”<sup>49</sup> o “garantías apropiadas”<sup>50</sup>, las que son definidas como “procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente”<sup>51</sup>.

Tal vez en este terreno, el arbitraje obligatorio que, de regla, resulta incompatible con el derecho de huelga, podría significar una garantía sustitutiva para los trabajadores, siempre que fuera rápido, participativo y de acatamiento verdaderamente obligatorio para ambas partes en conflicto, aún cuando ésta sea el Estado.

La necesidad de rapidez es obvia, ya que de lo contrario, la realidad del conflicto no resuelto se sobrepondría, de hecho, a los trámites en curso. La de que las partes participen, también lo es, en cuanto requisito de eficacia, ya que ello favorecerá la imprescindible confiabilidad.

Y la necesidad de su *acatamiento verdaderamente obligatorio por ambas partes* cobra especial interés cuando una de ellas es el Estado, caso respecto del cual se abren dos nuevas cuestiones de interés. Por un lado, el requisito de que el árbitro sea imparcial

<sup>48</sup> OIT, Actas provisionales, cit., Conclusiones, N° 13, pág. 13.

<sup>49</sup> OIT, La libertad sindical, cit., N° 546, pág. 123.

<sup>50</sup> Idem, N° 547, pág. 123.

<sup>51</sup> Idem, N° 547, pág. 123-124.

descalificaría aquí el recurso, muy habitual en América Latina, de atribuir la función arbitral al Ministerio o al Poder Ejecutivo. Por otra parte, debería existir total certeza del cumplimiento y rápida aplicación, por parte del propio Estado u órgano público parte del conflicto, del laudo dictado por un árbitro o tribunal arbitral reconocidamente imparcial e integrado o designado participativamente. Este es un punto crucial, sobre el cual el Comité de Libertad Sindical ha considerado que “el hecho de que las facultades presupuestales estén reservadas a la autoridad legislativa, no debería tener por consecuencia impedir la aplicación de un laudo dictado por el tribunal de arbitraje obligatorio”<sup>52</sup>.

#### 4. La prevención del conflicto

Esta consideración del tema de los conflictos colectivos de trabajo en los servicios esenciales no debería concluir sin efectuar una referencia a la importancia genérica, acrecida en este caso específico, de lo que podríamos denominar la prevención de los conflictos. Si ésta es importante en todos los casos, lo es más aún en el que ahora nos ocupa, dados los valores en juego y la casi inevitabilidad de que la solución ex-post del conflicto implique una limitación, sea al derecho de huelga, sea a los intereses o necesidades de la colectividad, cuando no a ambos.

Ahora bien, como se sabe, la prevención de los conflictos colectivos de trabajo en general y la de los que afectan a los servicios esenciales en especial, no dispone de fórmula específica alguna, como no sea el funcionamiento fluido de todo el sistema de relaciones de trabajo en su conjunto.

En efecto, si se toma como ejemplo un sector conflictivo generalmente sometido a restricciones y que a veces coincide con el de los servicios esenciales, como es el de los trabajadores del Estado, se percibe que muchas de las huelgas de la administración pública se deben a “una falta de adecuada participación del personal en la determinación de sus condiciones de empleo”<sup>53</sup>, a tal a punto que en una reunión convocada por la OIT para considerar el punto, se concluyó que “para evitar y solucionar a tiempo los conflictos de trabajo en la administración pública, es necesario que existan medios apropiados de participación de las organizaciones de empleados públicos en la determinación de las condiciones de empleo de sus afiliados”<sup>54</sup>. Y este ejemplo es válido para cualquier sector laboral, tanto como para el conjunto del sistema.

Si trasladamos este enfoque desde el área global del Derecho colectivo laboral a la específica de la huelga y la solución de conflictos en los servicios esenciales habrá que constatar que las soluciones consensuales revelan ser más eficaces -amén de más adecuadas al principio de libertad sindical- que las impuestas o heterónomas, tanto en lo que se refiere a la determinación de los servicios esenciales como al establecimiento de eventuales limitaciones al derecho de huelga y/o de mecanismos especiales de solución de conflictos.

---

<sup>52</sup> Idem, N° 548, pág. 124.

<sup>53</sup> CORDOVA, Efrén, Tendencias y determinantes..., cit., pág. 156.

<sup>54</sup> OIT, Informe sobre la solución de los conflictos de trabajo en la administración pública, Ginebra 1986, documento GB. 234/8/11, Anexo I: Conclusiones y Resoluciones, N° 4, pág. 1.

Así, especialmente en los países industrializados, esta preferencia por la autonomía colectiva<sup>55</sup> sumada a la evidencia de que “la prohibición legal resultaba inoperante”<sup>56</sup>, han impulsado la búsqueda de soluciones de consenso o autorregulación, tanto en el conjunto de las relaciones de trabajo como en el tema específico de los conflictos. Parece necesario abordar seriamente el análisis de factibilidad de este modelo en los países latinoamericanos, el que podría reportar *a los gobiernos*, la ventaja de disponer de un régimen verdaderamente eficaz, que haría desaparecer o disminuir la brecha que existe entre norma y realidad en muchas de nuestras naciones y *a las organizaciones de trabajadores* la de preservar una posición favorable ante la opinión pública -la que a menudo reacciona desfavorablemente ante los conflictos sindicales que afectan determinados servicios esenciales-, y especialmente la de prevenir una reglamentación o intervención estatal más agudamente restrictiva.

---

<sup>55</sup> PANKERT, Alfred, ob.cit. , págs. 57, 65, 66 y 68.

<sup>56</sup> CORDOVA, Efren, ob.cit. , pág. 167.

## VIII OCUPACIONES Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS <sup>57</sup>

### I. ANTECEDENTES Y PLAN DE EXPOSICIÓN

#### ¿Medios de prevención y solución de conflictos o (des)ocupación?

El decreto (165/006) trata de la prevención y solución de conflictos colectivos de trabajo y de la ocupación en ejercicio del derecho de huelga. Si bien se incluyen primero algunas disposiciones sobre medios de solución de conflictos colectivos y luego las referidas a la ocupación, nos parece que en rigor, la verdadera *razón de ser* del decreto -lo mismo que la del fallido anteproyecto de ley que le precedió-, radica en la ocupación -rectius: en la desocupación- de los lugares de trabajo. En efecto, los antecedentes fácticos recién referidos inducen a pensar sin mayor margen de duda-, que la ratio legis es la de fijar ciertas reglas de juego para la (des)ocupación de los lugares de trabajo. Por lo demás, en el Considerando III se dice expresamente que *el Poder Ejecutivo “necesita disponer de un instrumento que le permita actuar ante ocupaciones de lugares de trabajo que, por su extensión más allá de lo razonable, comprometan gravemente la salud, la seguridad o la vida de las personas, o afecte seriamente el orden público”*.

### II. OCUPACION Y DESOCUPACION DE LOS LUGARES DE TRABAJO

#### 1. El marco normativo superior

Cualquier análisis jurídico -y más aún si trata de derechos fundamentales o derechos humanos- debe partir de la consideración del marco normativo de jerarquía superior, esto es, de las normas, derechos y principios *supraordenados* al legislador común y al intérprete por la Constitución y las normas internacionales.

Las disposiciones del decreto 165/006 -como las de cualquier otra ley o decreto- sólo serán válidas y aplicables en tanto se adecuen a ese marco superior, lo desarrollen,

---

<sup>57</sup> En esta versión universitaria-estudiantil, hemos optado por incorporar también, el capítulo que sigue, el que fuera preparado por el Prof. Dr. Oscar Ermida Uriarte, para las “XVII Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, celebradas en Minas, los días 12 y 13 de agosto del 2006.

Puede consultarse también, del mismo autor: “La ocupación de los lugares de trabajo y la desocupación de los mismos”, en *Anales del Foro*, Nos. 65-66, Montevideo, 1985; “Ocupación y solución de conflictos colectivos: aproximación al decreto 165/006”, en *rev. Derecho Laboral*, Montevideo 2006, t. XLIX N° 222.

potencien o detallan, careciendo de validez y eficacia en la medida en que desborden aquel marco, contradigan o reduzcan el contenido esencial de los derechos en él reconocidos.

*El marco normativo superior en la materia está compuesto por lo menos, en lo esencial y sin perjuicio de otras normas, por el art. 57 de la Constitución, los Pactos y Declaraciones de derechos humanos, el convenio internacional del trabajo núm. 87 y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.*

*De ese marco se deduce con facilidad que la Constitución ordena la promoción de la acción sindical (que incluye la autotutela) y reconoce expresamente el derecho de huelga, previendo su reglamentación con vistas a garantizar su ejercicio eficaz, así como que la ocupación es una modalidad, expresión, manifestación o expresión de la huelga.*

*En efecto, el primer párrafo del art. 57 de la Constitución ordena al legislador la promoción de la actividad sindical, lo que incluye, necesariamente, la autonomía colectiva y la autotutela. Sea por la conocida tesis de la triangularidad de la libertad sindical, sea por la formulación de los órganos de control de la OIT, que incluye a la negociación colectiva y al derecho de huelga entre sus componentes esenciales, queda claro que la promoción de los sindicatos supone la de la actividad sindical. De tal modo, con esta parte del art. 57 bastaría para reconocer estatura constitucional a todas las formas de actividad sindical, incluida, por cierto, la autotutela, o sea, las medidas de conflicto colectivo, independientemente de que formen parte del derecho de huelga, o no.*

Pero sucede que el párrafo tercero del art. 57 se refiere expresamente al derecho de huelga, reconociéndolo como derecho fundamental con personalidad propia y previendo que se reglamente su ejercicio y efectividad, en disposición que ha sido interpretada por Plá Rodríguez en el sentido de que dicha regulación debe garantizar el ejercicio del derecho y no a limitarlo o dificultarlo.

O sea que *nuestra Constitución reconoce la libertad sindical en general y el derecho de huelga en particular, ordenando la promoción legal de la primera y señalando que esa misma orientación debería tener una eventual reglamentación de la segunda.*

## 2. La ocupación como modalidad de ejercicio de la huelga

*La ocupación de los lugares de trabajo ha sido vista en nuestro país, por la jurisprudencia tanto como por la mayor parte de la doctrina, como una modalidad del derecho de huelga: forma atípica de huelga, modalidad, manifestación o expresión (y no “extensión”, como a veces se dice) de la misma.*

*El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT mantienen una jurisprudencia uniforme y constante en el sentido de considerar que la ocupación es una modalidad del derecho de huelga cuya limitación sólo se justifica en cuanto deje de ser pacífica (“La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical”, 4ª ed., Ginebra 1996, párrafos 997, 999 y 1029, pág. 115; y “Libertad sindical y negociación colectiva, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones a la 84ª Conferencia Internacional del Trabajo”, Ginebra 1994, párrafo 174, pág. 82).*

*Esta jurisprudencia de los órganos de control de la OIT es particularmente relevante en nuestro Derecho, habida cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por los*



*arts. 72 y 332 de la Constitución, el bloque de constitucionalidad incluye a las normas internacionales de derechos humanos, en la interpretación que de ellas hacen los órganos especialmente creados para su aplicación o interpretación.*

### 3. Sobre la definición de huelga

Claro que la ocupación, así como otras formas de huelga o medidas de conflicto (como por ejemplo, los piquetes, el trabajo a reglamento o de “brazos caídos”, entre tantas otras), no se amoldan exactamente a las viejas definiciones de huelga, que describían a ésta como una suspensión del trabajo, como una abstención de trabajar (habría que agregar “fuera del local de trabajo”, ya que los ocupantes no trabajan, y en eso encajan en la vieja definición). Pero es que *el concepto de huelga ha evolucionado mucho (aunque no tanto como su naturaleza jurídica que giró de delito a derecho fundamental), primando hoy la concepción de la huelga como la suspensión o alteración colectiva del trabajo con un finalidad de reclamo o protesta o, también, como la introducción colectiva de una anomalía en el proceso productivo.* Dicho esto, sin perjuicio de subrayar y advertir que en esta materia la definición siempre puede tener un efecto -a veces buscado y otras veces imprevisto- de limitación. La “técnica definitoria” ha sido casi siempre un mecanismo de limitación del derecho de huelga.

Pero es que por otra parte, el debate sobre la definición de la huelga, es jurídicamente extemporáneo y estéril, en tanto el intérprete nacional está condicionado, como va dicho, por los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, que inequívocamente califica a la ocupación como modalidad de ejercicio de la huelga.

Por otra parte -y tal como se indicó-, aún cuando se sostuviera que la ocupación no encaja exactamente en el concepto o definición de huelga, igual supondría el ejercicio de un derecho constitucional de la misma jerarquía y estructura: el derecho a la acción sindical. Como bien se sabe, el convenio internacional del trabajo núm. 87, así como toda la teoría de la libertad sindical, incluyen en este principio o conjunto de derechos no solamente al derecho asociativo a afiliarse o a constituir un sindicato, sino también -y más aún- el derecho a desarrollar actividad sindical (verdadera razón de ser y objetivo básico de la libertad sindical). Y este derecho a desarrollar actividad sindical incluye, sin lugar a dudas, el derecho a la autotutela, esto es, el derecho al desarrollo de medidas de conflicto colectivo.

### 4. Otros derechos eventualmente afectados por la ocupación

A veces se sostiene que la ocupación es violatoria de otros derechos fundamentales, mencionándose al derecho de propiedad, la libertad de trabajo y el derecho al trabajo.

#### 4.1. Derecho de propiedad

En nuestra opinión, el derecho de propiedad no se ve afectado por la ocupación de los lugares de trabajo, sea entendida ésta como modalidad del derecho de huelga o como forma de acción sindical.

a) En primer lugar porque *no siempre el empleador es propietario de los bienes ocupados*. El empleador puede utilizar el local a título de arrendatario, poseedor, usuario, etc., en cuyos casos serían otros los derechos eventualmente afectados, que no el de propiedad.

b) Pero más allá de eso, *parece fundamental subrayar que toda vez que es aplicado a la generación de lucro, el derecho de propiedad recibe un sinfín de limitaciones que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico, por múltiples razones que van desde las necesidades de la convivencia hasta el respeto de otros derechos* (autorizaciones administrativas, seguros obligatorios, alturas máximas, zonas predeterminadas o interdictas para determinados usos, exigencias de seguridad o sanitarias, indisponibilidades, inembargabilidades, etc. etc., son algunas de los miles de limitaciones al derecho de propiedad que nadie discute ni considera atentatorias del mismo). *Lo mismo sucede en el ámbito del trabajo: cuando se contrata a un ser humano para laborar para otro, no se contrata a un ser despojado de derechos, sino a un trabajador que “ya viene” con limitación de la jornada, descanso semanal, vacaciones anuales, libertad sindical, negociación colectiva y derecho de huelga. Estos y otros derechos, todos limitativos de los derechos patrimoniales del empleador, están impuestos por las normas de jerarquía superior y no ceden ante el contrato de trabajo.*

En este sentido, es significativo que la Declaración Sociolaboral del Mercosur, a pesar de ser la única en su género que incluye “derechos de los empleadores” (es, desde ese punto de vista, una muy rara avis), *no incluye al derecho de propiedad, sino solamente “el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa” atribuida al “empleador” y no al propietario.*

c) Además, *la primacía de los derechos sociales sobre los derechos patrimoniales corresponde a la naturaleza de las cosas o a la esencia y a la dogmática de los derechos humanos. En efecto, los derechos sociales nacen como limitaciones, frenos o contrapesos de los derechos patrimoniales, razón por la cual siempre se les oponen e imponen. Para eso existen. De lo contrario, no cumplirían su función.*

En el Derecho positivo uruguayo, la incorporación al art. 7 del trabajo antes que la propiedad en la reforma constitucional del 34, vino a dar una suerte de expresión gráfica a esta estructura dogmática del sistema de los derechos fundamentales.

En otras palabras, *decir que la ocupación viola el derecho de propiedad, sería tanto como decir que la limitación de la jornada, el derecho al descanso, el salario mínimo, la limitación del despido, la inembargabilidad del salario o el seguro obligatorio por accidentes de trabajo violan al derecho de propiedad.*

El mismo tipo de relación existe entre los derechos sociales y la libertad de emprender.

d) En efecto, *si bien tanto el empleador como el trabajador tienen derechos, son los de éste los que gozan de la protección especial de la ley o de tutela preferente, de conformidad con la propia Constitución.* Así lo ha declarado expresamente la Corte Suprema de Justicia

de la Nación argentina, agregando que ello no deriva solamente del art. 14 bis de la Constitución argentina que dispone la tutela preferente del trabajo, del mismo modo que nuestros arts. 7 y 53, sino también del Derecho internacional de los derechos humanos (Sent. Del 14.9.2004, en caso Vizzoti, pub. en rev. Der. Lab., Montevideo 2005, t. XLVIII No. 217, pags. 145 y sigs.).

e) Pero hay más. *Los más recientes avances en materia de dogmática de los derechos humanos, los sistematizan en derechos fundamentales propiamente dichos o derechos de libertad, por una parte y derechos individuales de contenido patrimonial, por otra. Los primeros priman sobre los segundos, porque los derechos de libertad son universales e incluyentes, mientras que los individuales de contenido patrimonial son particulares y excluyentes.*

En efecto, cuando yo ejerzo mi derecho de propiedad sobre un objeto cualquiera, excluyo al resto de la humanidad de la posibilidad de ejercer su derecho de propiedad sobre ese mismo bien. Entre tanto, si yo ejerzo mi derecho a la libertad de culto o a la libre expresión del pensamiento (derechos individuales no patrimoniales), no impido que cualquier otro ser humano lo ejerza de igual manera. Lo mismo acontece con los derechos sociales, como la libertad sindical. Y por esta misma razón, entre otras, los derechos individuales patrimoniales son renunciables y cedibles, mientras que los derechos de libertad -individuales o sociales- son irrenunciables e indisponibles.

Así, por ser universales, no excluyentes sino incluyentes, irrenunciables o indisponibles, los derechos de libertad (tanto los individuales no patrimoniales como los sociales) priman sobre los derechos individuales patrimoniales (particulares, excluyentes, renunciables y disponibles). Todo esto es, además, plenamente coherente con y funcional a la razón de ser de los derechos fundamentales: garantías contra el poder, tanto público como privado (conf. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, trad. esp., Madrid 2001, págs. 23 y 42 y sigs. y Los fundamentos de los derechos fundamentales, trad. esp., Madrid 2001, págs. 25, 29 y sigs. y 153 y sigs., entre otras. Exposiciones generales del “garantismo” -que excede en mucho nuestro tema, perfilándose como toda una teoría general del Derecho- del mismo autor Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. esp., 6ª. ed., Madrid 2004, págs. 851 y sigs. y Garantías, en [www.defensapublica.org.ar/revista/2001/09](http://www.defensapublica.org.ar/revista/2001/09). Para un análisis crítico del garantismo de Ferrajoli, puede verse Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, eds.: Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid 2005).

e) Por estas mismas razones, el derecho de huelga con ocupación se impone también al lanzamiento solicitado por el propietario de un inmueble contra el arrendatario-empresario, cuyos trabajadores ocupan el lugar. *El ejercicio de un derecho social de libertad (universal e indisponible) prima sobre los derechos patrimoniales (particulares y disponibles) del propietario no empleador, derecho éste cuyo ejercicio -además- no queda anulado, sino apenas pospuesto por el lapso temporal de duración de la huelga con ocupación.*

#### 4.2. Libertad de trabajo y de empresa

Aunque con menos frecuencia, también se ha alegado que la ocupación afectaría la libertad de trabajo y la libertad de emprender (art. 36 de la Constitución).

Acabamos de señalar cómo la libertad de empresa sufre las limitaciones de los derechos sociales.

En cuanto a la libertad de trabajo, se refiere a la proscripción del trabajo forzoso y a la posibilidad teórica de escoger dónde trabajar o, en todo caso, a la facultad de negarse a aceptar determinado trabajo. Nada de esto parece verse afectado por el derecho de huelga ni por su modalidad de ocupación que, en todo caso, si algo parecido afectara, sería el presunto derecho efectivo del trabajador que ya tiene un empleo, a continuar desempeñando sus tareas habituales y en el lugar habitual de trabajo durante la huelga u ocupación, asunto que se trata de inmediato, pero separadamente, en el apartado siguiente, porque se trata de otra cosa. En esa hipótesis no está en juego la libertad de empresa ni la libertad de trabajo (art. 36 de la Constitución), sino el derecho al trabajo (art. 53).

Por eso, se incurre en grave confusión conceptual cuando se sostiene que la huelga con ocupación afecta “la libertad de trabajo de los trabajadores no huelguistas”.

#### 4.3. El derecho al trabajo o al empleo de los trabajadores no ocupantes

A veces también se dice que la ocupación afecta el derecho al trabajo de los trabajadores que no participan de ella y quisieran trabajar.

a) Lo primero que corresponde señalar al respecto es que, lamentablemente, nuestra Constitución hace una formulación sumamente programática del derecho al trabajo (art. 53, párrafo 2do.: “la colectividad ... procurará ofrecer...”). Por lo demás, está claro que en la realidad de los hechos, el programa no se cumple, habida cuenta de las tasas de desempleo y subempleo, por lo cual no se ve con claridad qué sentido tiene la pretensión de hacer prevalecer un derecho programático (que algunos incluso niegan que se trate de un derecho) sobre otro perfecto y autoejecutable por esencia, como el de huelga. Más aún: resulta por lo menos incoherente que los responsables de garantizar el derecho al empleo (gobierno y empleadores) sean quienes, a la par de no cumplir con el programa constitucional, esto es, de no generar suficiente empleo, manifiesten preocupación por el efecto que alguna que otra ocupación pueda tener sobre el (supuesto) derecho de aquellos que tienen empleo, a trabajar todos los días.

b) Es que además, tampoco está claro que el derecho al trabajo suponga, además del derecho a tener un trabajo, el derecho a laborar todos los días. Es necesario subrayar que, dado el carácter esencialmente provisional de la huelga, la ocupación no afecta el derecho al empleo en sí, sino solamente la posibilidad de trabajar determinados días, por definición limitados.

c) Otra relativización de la eventual afectación del derecho al trabajo por la ocupación, viene dada por la relación entre derechos colectivos y derechos individuales. En efecto, en el Derecho del trabajo se daría cierta preeminencia de lo colectivo sobre lo individual. A mero título de ejemplo: ¿podría el trabajador individual excluirse del ámbito de aplicación de un convenio colectivo que le alcanza?

d) Pero finalmente, sobre este punto, lo fundamental consiste en que, aún en el caso en que se considerara que el derecho al trabajo es un derecho pleno y directamente exigible, y aún cuando se entendiese que no hay ninguna primacía de lo colectivo sobre lo individual, estaríamos, en el caso de ocupación de los lugares de trabajo y de trabajadores que desean ingresar a trabajar, ante la colisión de dos derechos fundamentales de la misma jerarquía y naturaleza (ambos son derechos sociales). En tal caso, no sería posible postular la primacía de uno sobre otro -como sí se puede hacer respecto del derecho de huelga sobre el de propiedad o el de emprender-, sino que aquí sí -en tanto estaríamos, como hipótesis de trabajo, ante derechos de la misma jerarquía y naturaleza-, sería necesario buscar la armonización de ambos derechos, a través del criterio de la proporcionalidad. Y esta armonización y proporcionalidad entre derecho al trabajo y derecho de huelga con ocupación, vendría dada por el carácter esencialmente provisional de la huelga. El derecho al trabajo queda intacto en sí mismo (el empleo se mantiene plenamente), aunque ve suspendida su ejecución específica y concreta durante el lapso de ocupación. En efecto, en este aspecto, la huelga con ocupación opera igual que la suspensión (provisional) de la relación de trabajo por razones económicas (seguro de paro).

## 5. El problema de fondo (o el fondo del problema) y otras cuestiones.

### 5.1. La desocupación o “desalojo” de los huelguistas ocupantes.

Por todo lo que se viene de exponer, nos parece muy claro que en el fondo, el problema real no es la ocupación, sino la desocupación. Nos parece que la cuestión a resolver no es el de la naturaleza de la ocupación y su licitud, sino el de cómo se sale de la ocupación, cómo se termina el conflicto. Con lo cual, el eje del análisis se desplaza hacia el área de los medios de solución de conflictos colectivos.

Pero antes de pasar al análisis de las normas del decreto de 30 de mayo de 2006 y de los medios de prevención y solución de conflictos colectivos, queremos dejar brevemente anotados, otros problemas a tener en cuenta, que no serán desarrollados en esta ponencia.

### 5.2. Otros fundamentos del derecho a ocupar

En ocasiones el derecho de los trabajadores a ocupar sus locales de trabajo, se ha fundamentado adicionalmente, en concepciones institucionalistas o comunitarias de la empresa. Se alega que la empresa supone conjunción de los factores capital y trabajo, por lo cual ambos tienen derechos. El trabajador no sería un ajeno a la empresa sino parte esencial de ella. La empresa sería tan suya, como del propietario, poseedor, arrendatario o usufructuario de los bienes. No estaría, por tanto, el trabajador ocupante, violando o avasallando derechos ajenos, sino usufructuando un espacio propio.

Sin perjuicio de reconocer que puede ser interesante profundizar este punto de vista, que por lo menos tiene la virtud de poner en evidencia que las críticas al reconocimiento del derecho a ocupar parten de *una concepción absolutista de los derechos patrimoniales y reduccionista de los personales*, nos parece que no es indispensable ingresar en el terreno pantanoso de la naturaleza de la empresa para justificar el reconocimiento de un derecho

que viene impuesto de manera más simple y contundente por el bloque de constitucionalidad nacional.

### 5.3. La ocupación por funcionarios públicos

Desde el punto de vista del Derecho laboral, la consideración de la ocupación como una forma de lícito ejercicio del derecho de huelga (o de acción sindical), lleva a reconocer su titularidad a todos los trabajadores, sean públicos o privados sus empleadores.

Esta deducción técnicamente ineludible, coincide, asimismo, con prácticas más o menos instaladas entre nosotros, y reconocidas por el ordenamiento jurídico. En efecto, la redacción que el decreto 286/000 había dado al luego derogado decreto 215/966 habilitaba la desocupación por la fuerza pública de “locales comerciales, industriales y similares, centros de enseñanza públicos o privados, centros de asistencia médica, públicos o privados...”, etc. La derogación del decreto 512/966, con este contenido, viene a reconocer que todos los trabajadores (públicos o privados) son, en principio, titulares del derecho de huelga con ocupación.

Quedaría por analizar más detenidamente, sin embargo, en qué medida la ocupación de bienes públicos, como son habitualmente los lugares de trabajo de los funcionarios, introduce alguna limitación adicional, respecto del tratamiento dado a la ocupación de bienes privados.

Ello sin perjuicio, asimismo, de las demás excepciones que afectan o pueden afectar al derecho de huelga en general y que son de especial relevancia en el sector público, como los cargos de dirección y la afectación de servicios esenciales.

## 6. La ocupación en el decreto de 30 de mayo de 2006

### 6.1. El problema formal

El principal problema que plantea el decreto 165/006 es de tipo formal. Parecería que en la medida en que reglamenta y limita un derecho fundamental como el de huelga -en su modalidad de ocupación-, hubiera requerido ley formal.

Aclaremos bien. No nos parece que este decreto sea impugnabile, como lo ha sido administrativamente, por violación de los derechos de propiedad, de libre empresa o de trabajo, dado que, como ya se dijo, éstos vienen limitados constitucionalmente y por la naturaleza de las cosas. Por el contrario, si el decreto fuera pasible de impugnación, lo sería por afectar el derecho de huelga. Se impone entonces, un análisis de legalidad del contenido material del decreto, para determinar si en alguna medida afecta el ejercicio y la efectividad del derecho de huelga, análisis que deberá tener como punto ineludible de referencia nuestro bloque de constitucionalidad.

### 6.2. El contenido material del decreto 165/006

Es del caso señalar que prima facie, en una primera lectura, el contenido material del decreto 165/06 referido a la ocupación, no parece contrariar la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ni apartarse significativamente de las construcciones doctrinales prevalecientes en nuestro país, excepto en la disposición más discutible y problemática: el art. 6, que habilita la desocupación por la fuerza pública.

#### 6.2.1. La ocupación en el decreto

El art. 4, que lleva como nomen juris “Ocupación en ejercicio del derecho de huelga”, declara que la ocupación parcial o total de los lugares de trabajo es una modalidad de ejercicio del derecho de huelga y que deberá realizarse en forma pacífica, lo que recoge exactamente la jurisprudencia internacional citada y coincide con la doctrina y jurisprudencia claramente predominantes en el Uruguay.

Esa misma disposición establece algunos requisitos o “reglas de juego” que, más allá de ciertas imprecisiones o eventuales dificultades interpretativas, no parecerían merecer objeciones mayores.

a) “Inmediatamente de producida la ocupación, se deberá dejar constancia documentada del estado de los bienes muebles e inmuebles”.

b) “La organización más representativa de los trabajadores ocupantes deberá adoptar las medidas que considere apropiadas para prevenir daños en las instalaciones”, así como para prevenir o corregir “actos de violencia”. Esta norma parece compatible y adecuada a la condición, generalmente admitida por la doctrina, de que la ocupación no debe incluir actos de violencia sobre las personas o las cosas. La referencia a la “organización más representativa de los trabajadores ocupantes” puede plantear dudas en caso de que los ocupantes respondan a una organización diferente a la más representativa en un ámbito mayor (toda la empresa en caso de una ocupación parcial o la rama de actividad). Puede ser relevante la circunstancia de que el art. 7, al prever la notificación de la intimación de desocupación, se refiera a “la organización representativa de los trabajadores” a secas, sin agregar “ocupantes”.

c) La obligación de adoptar medidas tendientes a la preservación de bienes precederos y al mantenimiento de los procesos de producción que no pueden ser interrumpidos sin poner en riesgo la viabilidad de la explotación o la estabilidad en el empleo, es generalmente admitida, en conexión con la ya destacada provisionalidad propia de la huelga, que siempre apunta a la vuelta al trabajo, aunque en nuevas o mejores condiciones. Aparece aquí la referida compatibilidad de la ocupación con el derecho al trabajo.

d) El último literal del art. 4 prohíbe a los ocupantes asumir el giro o funcionamiento normal de la empresa, disposición que parece inspirada en la problemática planteada en el “caso Vanni” (que puede ser consultado en la rev. Der. Lab. N° 222). Es, también, coherente con la compatibilidad entre ocupación y derechos de propiedad y de gestión. La

prohibición cede, a texto expreso, “en aquellos casos en que el empleador haya abandonado la explotación o no tenga representante en el país”.

No se precisa cuáles sean los efectos de la inobservancia de alguno de estos requisitos.

El art. 5 del decreto establece que la ocupación no interrumpe las instancias de conciliación, mediación o negociación que estuvieran en curso ni impide el inicio de otras.

### 6.2.2. La desocupación en el decreto

Pero tal como se adelantó, es el art. 6 el que, sin lugar a dudas, plantea mayores problemas, al facultar al Ministerio de Trabajo, actuando conjuntamente con la cartera competente en el respectivo ramo de actividad, a “intimar con un plazo perentorio de 24 horas, bajo apercibimiento del uso de la fuerza pública, la desocupación inmediata de la empresa o institución ocupada”. Agrégase que “transcurrido el plazo previsto sin que se haya producido la desocupación, se solicitará al Ministerio del Interior el desalojo de los ocupantes” y que esta facultad procede “cuando, fracasados los mecanismos autónomos y heterónomos de solución de conflictos, la continuación de la ocupación pusiere en grave riesgo la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población o afectare seriamente el orden público”.

La cuestión es: la desocupación policial ¿puede ser habilitada por decreto o requiere necesariamente de una ley? En la medida en que supone una limitación del derecho de huelga, parece necesario que sea establecida en una ley en sentido formal.

Por lo demás, esta disposición restablece la solución contenida en el viejo decreto 512/966, que fuera derogado por este mismo Poder Ejecutivo por la inconstitucionalidad que le afectara, en tanto habilitaba la desocupación policial. Si el decreto 512 era inconstitucional por esa razón -opinión que compartimos-, el nuevo decreto 165 también parecería serlo, por más que es necesario reconocer que las facultades en éste reconocidas al Ejecutivo están mucho más acotadas que en el decreto 512.

En efecto, mientras el decreto 512/966 autorizaba el desalojo policial a la sola solicitud del empleador y sin necesidad de acreditar causal alguna, en el nuevo decreto 165/006, en cambio:

- a) se legitima al Ministerio de Trabajo, lo que parece más apropiado que facultar al Ministerio del Interior;
- b) no hay legitimación del empleador, por más que este siempre podrá ejercer el derecho de petición ante el Ministerio de Trabajo;
- c) la facultad de intimar el desalojo y requerir el concurso de la fuerza pública solo puede ser activada por el Ministerio de Trabajo actuando conjuntamente con otra Secretaría de Estado (la que tenga competencia en la actividad afectada), una vez fracasados los mecanismos autónomos y heterónomos de solución de conflictos; y
- d) esa facultad solo puede ejercerse en base a una de dos causales, que se entiende deben ser fundadas, aunque no se lo estipule a texto expreso, a saber: 1ª) que “la continuación de



la ocupación pusiera en grave riesgo la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población” (causal que coincide con la fórmula acuñada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT para definir los servicios esenciales cuya interrupción puede autorizar la introducción de limitaciones al ejercicio del derecho de huelga); y 2ª) que “afectare gravemente el orden público” (de donde se deduce que no cualquier alteración del orden público habilita la facultad de intimar el desalojo, aunque por otro lado, no parece fácil definir con precisión qué es una grave alteración del orden público, respecto de lo cual, en todo caso, se impone una interpretación estricta).

No obstante, parecería haber sido necesaria una ley en sentido formal para imponer esta limitación al ejercicio del derecho de huelga. Cabría, sin embargo, analizar si la constitucionalidad del decreto 165 podría salvarse considerándolo reglamentario de los arts 3 a 5 de la ley 13.720 que, con las modificaciones introducidas por el decreto-ley 14.791, atribuyó competencias en materia de conflictos colectivos al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

### 6.3. Competencias del Poder Ejecutivo actuando en acuerdo

Debe quedar claro que, si el decreto 165/006 pudiera ser objeto de objeciones formales, lo sería por limitar el derecho de huelga o por extravasar las atribuciones del acuerdo en detrimento de las del Consejo de Ministros, pero de ningún modo por afectar otros derechos que, como el de propiedad, ya vienen limitados constitucionalmente y por la dogmática del sistema de derechos fundamentales.

## III. MEDIOS DE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Como se mencionó más arriba, el decreto de 30 de mayo de 2006 se denomina “de prevención y solución de conflictos laborales”, razón por la cual intentaremos abordar ambos aspectos, aunque corresponde advertir desde ya que, en materia de prevención es poco lo que esta norma aporta, al menos a texto expreso.

### 1. Prevención de conflictos colectivos

Como va dicho, el decreto 165 carece de normas expresas sobre prevención de conflictos, sin perjuicio de lo cual puede admitirse que su conjunto, en tanto establece ciertas reglas de juego y procura articular el acceso a diversos medios de solución, puede tener o, al menos, aspira a tener, algún efecto preventivo.

Tal vez esta carencia provenga de la amputación que sufrió el art. 2 del anteproyecto de ley referido supra, I, el que sí contenía una importante norma sobre información y consulta, que no fue mantenida en el decreto finalmente aprobado en lugar de la ley.

Acaso también las reiteradas y a veces aparentemente excesivas referencias a la negociación colectiva contenidas en los Considerandos del decreto, tengan relación con el hecho de que sin lugar a dudas, un sistema fluido de negociación colectiva opera como un importante elemento preventivo del conflicto.

Es posible, asimismo, encontrar una referencia a la prevención en el art. 1 del decreto, disposición comentada infra 2.1.

Pero poco más. Y entre lo mucho que falta, es indispensable, en nuestra modesta opinión, señalar que *la prevención eficaz del conflicto no puede pasar por otro lado que no sea la detección de sus causas y la consecuente acción sobre ellas. La conflictividad laboral, como se sabe, tiene muy numerosas causas, algunas estructurales y otras coyunturales o circunstanciales. Entre las causas estructurales del conflicto laboral hay, a su vez, algunas inevitables e insuperables, como las derivadas del diferente interés de trabajador y empleador, la relación desigual que entre ellos se da, su diferente ubicación en el proceso de producción, etc., todo lo cual hace a la naturalidad e inevitabilidad del conflicto. Pero también hay causas estructurales corregibles, minimizables y por tanto, evitables. Una de estas causas estructurales evitables o corregibles se da cuando la norma laboral es ineficaz o dicho más sencillamente, cuando los derechos laborales sufren un grado de incumplimiento relativamente alto. Efectivamente, no hay mejor instrumento de prevención del conflicto que el puntilloso respeto de los derechos laborales.*

*Mientras no se disponga de mecanismos eficaces y rápidos de control del cumplimiento de las normas y derechos laborales, mientras los medios y las autoridades no se indignen y actúen enérgicamente ante un salario impago, una contratación fraudulenta o un despido injustificado, siempre va a ser más efectiva la ocupación, a la que sí se le presta inmediata y amplia atención, tanto por parte de la prensa, como de las autoridades.*

*Es que el Derecho laboral constituye un sistema que incluye tanto el Derecho individual del trabajo como el colectivo, el procesal y el administrativo del trabajo. Ese sistema no funcionará apropiadamente, si falla alguna de sus partes. En efecto, todos los intentos históricos de desplazar al Derecho colectivo con una afirmación especial del Derecho individual del trabajo fracasaron, en la misma medida en que nunca fue posible prescindir de alguna reglamentación heterónoma de los derechos del trabajador individual.*

## 2. Medios de solución

Los medios de solución de conflictos colectivos deben ser voluntarios, participativos y rápidos y no deben afectar el ejercicio del derecho de huelga.

En términos generales, el decreto 165 no ostenta graves contradicciones con tales principios, excepción hecha de las dudas ya adelantadas que plantea el art. 6 y sin perjuicio de las dificultades de interpretación que todo texto jurídico plantea siempre, en mayor o menor medida.

### 2.1. La (moderada) preferencia por la previsión autónoma (art. 1 del decreto).

El decreto de 30 de mayo comienza apelando al establecimiento de medios de prevención y solución de conflictos a través de la autonomía colectiva, lo que no solo es compatible con los principios ya mencionados, sino que además se inscribe en la tendencia moderna de Derecho comprado de concertación de Acuerdos Marco de solución de

conflictos. Pero el art. 1 se limita a decir que esto se podrá hacer, lo cual no es gran novedad, ya que en ejercicio de su autonomía colectiva las partes colectivas podían hacerlo sin necesidad de que un decreto lo autorizara.

Claro que no se nos escapa que la expresa declaración o recordatorio de este art. 1 tiene una finalidad promocional o de estímulo (que se evidencia más claramente en el segundo párrafo de la disposición), objetivo, por lo demás, plenamente compatible y elogiable. Pero en esa línea, cabe preguntarse si la norma estatal no podría haber sido más claramente promotora, llegando a establecer la subsidiariedad del régimen heterónimo. El art. 1 contiene un amague de subsidiariedad, pero no la concreta.

## 2.2 Mediación y conciliación voluntarias a cargo del Ministerio de Trabajo y de los consejos de salarios (art. 2 del decreto).

El art. 2 del decreto reitera y ordena las atribuciones que en materia de conciliación y mediación voluntarias ya poseían, tanto el Ministerio de Trabajo como los consejos de salarios, con lo cual, sin perjuicio de la función recordatoria y ordenadora o sistematizadora, nada agrega al Derecho anteriormente vigente.

## 2.3. Consulta y negociación previas (art. 3 del decreto)

El art. 3, párrafo primero, establece que *las instancias de consulta y negociación deben ser previas a la adopción de medidas de conflicto, reclamando “un plazo razonable de anticipación”*. Habrá que analizar cómo se articula este plazo razonable con el preaviso de siete días exigido por el art. 3 lit. f de la ley 13.720, dado que mal podría el decreto establecer un término diferente al legalmente previsto. O bien el “plazo razonable” del decreto no es otra cosa que el de siete días de la ley 13.720, en cuyo caso la norma reglamentaria nada agregaría, o bien es un plazo distinto al de ley, para aquellas situaciones de conflicto que no implicaran huelga ni “lock-out”. En cualquier caso, esta situación es una de las que ponen en evidencia que tal vez hubiera sido ésta una oportunidad para sustituir, legalmente, por supuesto, las disposiciones sobrevivientes de la 13.720.

El párrafo tercero de este mismo art. 3 del decreto 165 *exceptúa de la necesaria consulta o negociación previa a los “casos de inminente cierre o desmantelamiento de la empresa, de abandono de la explotación y cuando el empleador haya emigrado sin dejar representantes en el país”*, lo cual es, sin duda, comprensible, aunque en más de un caso planteará dificultades probatorias y valorativas.

El párrafo segundo del art. 3 no existía en el anteproyecto de ley que antecede a este decreto. Este inciso es introducido en el decreto, entre los dos únicos párrafos con que contaba el artículo correlativo en el anteproyecto de ley, lo que plantea alguna dificultad por descoordinación.

Este párrafo segundo, intercalado en el art. 3 del decreto, establece que *(en el marco de las previas consulta y negociación referidas en el párrafo primero), “las partes deben actuar de buena fe, comunicando toda información disponible y necesaria”*. La disposición es sin duda pertinente y plausible y probablemente su “aparición” en el decreto responda a

la intención de “rescatar” algo de una de las más importantes disposiciones del anteproyecto de ley varias veces referido, la que fue dejada de lado en el decreto a causa de presiones del sector empleador: el art. 2 del aquel anteproyecto de ley, que imponía la obligación de información y consulta previa a la adopción de medidas que pudieran afectar el empleo o la continuidad de la explotación (cierre de empresas, reducción de plantillas, etc.). En todo caso, este segundo párrafo intercalado en el art. 3 del decreto 165, establece a texto expreso -aún de una manera muy genérica-, *el derecho de información y la obligación de buena fe*, lo que no es poco decir.

De todos modos, este procedimiento de intercalación genera una eventual inconsistencia: En efecto: 1) el párrafo primero exige la promoción de instancias de consulta y negociación con anticipación a la adopción de medidas de conflicto; 2) el segundo impone los deberes de información y buena fe; pero 3) el tercer párrafo dispone que “quedan exceptuados” los casos de inminente cierre o desmantelamiento de la empresa y otras situaciones análogas, con lo cual parecería que en estos casos no hay obligación de promover previamente la consulta o negociación, *ni tampoco de informar y actuar de buena fe*. Seguramente, este último efecto -surgido de la intercalación del actual segundo párrafo en la estructura original de la disposición- no fue querido y de haberlo sido, podría ser criticable. Parecería imponerse, en este caso, una suerte de *interpretación correctiva*, única que salvaría la razonabilidad, coincidiendo, por lo demás, con la *ratio legis*.

Sin embargo, también es cierto que en la mayor parte de los casos previstos en el último párrafo (cierre, desmantelamiento, abandono, ausencia del empleador y de representante), es altamente probable que el empleador ya no haya informado ni actuado de buena fe, por lo cual reclamarle en esos casos el cumplimiento del deber de información y de buena fe, hubiera sido inútil por ingenuo y de casi imposible observancia, así como podría resultar inequitativo exigírselo solamente a la parte trabajadora, sobre todo en esa situación de cierre, desmantelamiento o abandono. De todos modos, un relevamiento expreso de la buena fe es, por lo menos, “rechinante”.

#### 2.4. Derogación y transitoriedad

El Considerando IV postula el “carácter transitorio” del decreto 165, “hasta la aprobación de un marco jurídico general sobre negociación colectiva”. No se entiende muy bien en qué consiste un decreto transitorio, ni tampoco cuál pueda ser la relación tan íntima entre el régimen aquí establecido y la eventual aprobación de “un marco jurídico general sobre negociación colectiva”, como para que la vida o muerte del primero dependa inexorablemente del nacimiento del segundo.

Por otra parte, el art. 9 deroga el decreto 405/05 de 17 de octubre de 2005, que no había tenido casi aplicación.